Das Auskunftsverweigerungsrecht
-§ 55 StPO-

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Laurids Hölscher
Attaché in Bonn

1973

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552710_0001

Das Auskunftsverweigerungsrecht
- § 55 StPO -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Laurids Hölscher

Attaché in Bonn

1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Sarstedt
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Vogler
Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juli 1973

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
A. Einleitung	1
B. Die Entwicklung des Auskunftsverweigerungsrechtes	2
I. Die Zeit bis zum 19. Jahrhundert	2
II. Das Entstehen des Auskunftsverweigerungsrechts	13
C. Ausländische Rechte	21
I. Österreich	21
II. Schweiz	24
III. Anglo-amerikanisches Recht	34
IV. Andere Rechte	39
1. Romanischer Rechtskreis	39
2. Nordisches Recht	40
D. Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO	42
I. Die Verweigerung der Auskunft	42
1. Der zur Verweigerung Berechtigte	42
2. Der Umfang des Verweigerungsrechtes	43
3. Ausdrückliche Verweigerung durch den Zeugen	51
4. Verweigerung der Tatsachen	64
II. Die Tatbestände der Verfolgungsgefahr	68
1. Die Regelung des Gesetzes	69
a. Allgemeines	69
b. Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit	70
c. Nicht von § 55 StPO erfaßte Fälle	75
2. Die Verfolgungsgefahr bei anderen Verfahren	82
a. Jugendgerichtsverfahren	82
b. Maßregeln der Sicherung und Besserung und vorläufige Maßnahmen nach §§ 111a, 126a StPO	87

Seite

c. Verfahren nach dem Grundgesetz und den Verfassungen der Bundesländer 90

aa. Bundespräsidenten-, Abgeordneten- und Ministeranklage 91

bb. Richteranklage 100

cc. Verwirkung von Grundrechten 105

III. Gefahr der Verfolgung 109

1. Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 StPO 110

a. Mittelbare Bekundung 110

b. Verdacht einer strafbaren Handlung 111

c. "Zuziehen" der Verfolgung 114

2. Vorliegen der Verfolgungsgefahr 119

a. Verfahrenshindernisse 119

b. Die Einstellung nach § 45 JGG 126

c. Folgerung 130

IV. Die verweigerte Aussage 131

1. Verweigerung bei wahrheitsgemäßer Aussage 131

2. Verweigerung bei einer verfänglichen Frage 137

V. Die Glaubhaftmachung (§ 56 StPO) und die Entscheidung des Gerichts 139

VI. Die Belehrungspflicht - § 55 Abs. 2 StPO 145

1. Die Vornahme der Belehrung 145

2. Die Verletzung der Belehrungspflicht und ihre Folgen 154

a. Die Rechtsprechung zu § 55 Abs. 2 StPO und ihre Kritik 156

aa. Allgemeines Rügerecht 159

bb. Rechtskreistheorie 174

cc. Schutz der Wahrheitsermittlung 179

dd. Wesensunterschiede zwischen § 52 und § 55 StPO 188

ee. Schwierigkeiten in der Praxis der Revisionsgerichte 194

b. § 55 Abs. 2 StPO - eine zwingende Vorschrift 197

c. § 55 StPO - kein Beweisverbot 202

d. Verstöße gegen andere Vorschriften 208

Seite

VII. Die Auskunftsverweigerung als Gegenstand der freien Beweiswürdigung 209

E. Schlußbetrachtung 219

Schrifttumsverzeichnis

Alsberg	Anmerkung zu RG JW 1931, 949 Nr.22 in: JW 1931, 949
-	Anmerkung zu RG JW 1931, 950 f. in: JW 1931, 950 f.
-	Anmerkung zu RG JW 1931, 1596 Nr.53 in: JW 1931, 1596
-	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 1930
Alsberg-Nüse	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 4.unveränderte Aufl., 1969
Andenaes	Beweisverbote im Strafprozeß nordischer Länder in: Verhandlungen des 46.Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil 3 A, 1966
Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14.Aufl., 1933
Arndt	Umwelt und Recht in: NJW 1966,869 ff.
Bader	Die Verwertung rechtswidrig erlangten Beweismaterials im angloamerikanischen Strafverfahren, 1966 - Diss. München
Baldus	Versäumte Gelegenheiten; zur Auslegung des § 338 Nr. 8 und des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, 1968, S. 377 ff.
Bauer	Grundsätze des Criminalprozesses, 1805
-	Lehrbuch des Strafprocesses, 1835
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 30.Aufl. 1970
Beling	Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903
-	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928
Bender	Jugendgerichtsgesetz (Loseblatt-Ausgabe, Stand: 1.4.1965)

Bennecke	Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, 1895
Bennecke-Beling	Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, 1900
Best	Anmerkung zu OLG Saarbrücken in: SaarlZ 1950, 78
Bettermann	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. in: "Die Grundrechte": - Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 3. Band, 2. Halbband 1959
Beyer	Anmerkung zu BGHZ 12, 197 ff. in: NJW 1954, 713
Biener	Beiträge zur Geschichte des Inquisitions-Processes und der Geschworenen-Gerichte, 1827
Binding	Die Gegenzeichnung und ihre Folgen in: "Zum Werden und Leben der Staaten", 1920
-	Grundriss des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, 1963
Bode	Auswirkungen des Einführungsgesetzes zum OWiG auf StGB und StPO in: NJW 1969, 211 ff.
Boehlau	Der Mecklenburgische Criminalprozeß, 1867
Böhm	Berliner Verfassung, Grundgesetz und Besatzungsmacht unter besonderer Berücksichtigung der Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in und für Berlin, 1966 - Diss. Köln
Boehmer	Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, 1774
Bohn	Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen, 1938 - Diss.Zürich
Bohne	Anmerkung zu RG JW 1931, 3560 in: JW 1931, 3560
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblatt, Stand Juli 1967

Brandstetter	Das Straffreiheitsgesetz 1954 in: JZ 1954, 477 ff.
Brunnemann	Anleitung zu vorsichtiger Anstellung des Inquisitionsprocesses, 1697
-	Tractatus juridicus de inquisitionis processu, 4. Aufl. 1672
Brunnenmeister	Die Quellen der Bambergensis, 1879
Bruns	Zivilprozeßrecht - Eine systematische Darstellung, 1968
Buchwald	Die berechtigte Zeugnisverweigerung als Gegenstand freier Beweiswürdigung in: SJZ 1949, 360 ff.
Busch	Die Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofes in: DRiZ 1960, 347 ff.
-	Anmerkung zu BayObLGSt. 1953, 92 ff. in: JZ 1953, 703 f.
-	Anmerkung zu BGHSt. 11, 213 ff. in: LM § 55 StPO Nr. 5
Carpzow	Practicae novae rerum criminalium, Teil III, 1665
Claussen-Janzen	Bundesdisziplinarordnung, 1968
Clerc	Le procès pénal en Suisse romande, 1955
Creifelds	Rechtswörterbuch, 2. Aufl. 1970
Dahs jun.	Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahrensrecht, 37. Aufl. 1961
Dallinger	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen in: MDR 1951, 273 ff.; 1953, 402 ff.; 1953, 721 ff.; 1958, 139 ff.; 1968, 200 ff.
Dallinger-Lackner	Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl. 1965

Dietz-Hülle	Die Militärstrafgerichtsordnung in der Fassung vom 29. September 1936 mit Einführungsgesetz, Ausführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Aufl. 1937
Ditzen	Dreierlei Beweis im Strafverfahren, 1926
Drath	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in: VVDStRL 9, 17 ff.
Dreher	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 32. Aufl. 1970
Dünnebier	Zweifelsfragen zu § 81c StPO in: GA 1953, 65 ff.
Dürig	Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 des Grundgesetzes. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre in: JZ 1952, 513 ff.
Echterhölter	Zur Problematik des Art. 18 GG in: JZ 1953, 656 ff.
Elsner von Gronow-Sohl	Militärstrafrecht für Heer und Marine des Deutschen Reiches - Handbuch für Kommando- und Gerichtsstellen, für Offiziere und Juristen, 1906
Erbs	Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950
Feisenberger	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1926
Feldmann	Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise in: NJW 1959, 853 ff.
v.Feuerbach	Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Band II 1825
-	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13. Originalausgabe 1840
Feyock	Das Recht der Zeugnisverweigerung im Strafprozeß unter Berücksichtigung des § 252 StPO, 1928 - Diss. Würzburg

Fränkel, Wolfgang	Anmerkung zu BGHSt. 10, 104 ff. in: LM § 45 JGG Nr. 1
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931
Friesenhahn	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen in: Festschrift für Richard Thoma, 1950
-	Die Staatsgerichtsbarkeit in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932
Frölich von Frölichsburg	Commentarius in Kayser Carl des Fünfften und des Heiligen Römischen Reichs Peinliche Halsgerichts-Ordnung, 1759
Fuchs	Beweisverbote bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten in: NJW 1959, 14 ff.
Fuhrmann, Hans	Das Beanstandungsrecht des § 238 Abs. 2 StPO. - Seine Bedeutung und seine Grenzen - in: GA 1963, 65 ff.
-	Die Verwirkung des Rügerechts bei nicht beanstandeten Verfahrensverletzungen des Vorsitzenden (§ 238 Abs. 2 StPO) in: NJW 1963, 1230 ff.
-	Gehört zur Revisibilität eines Verfahrensverstoßes ein Gerichtsbeschluß? in: JR 1962, 321 ff.
Garraud	Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Band II, 2. Aufl. 1932
Geerds	Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? Zur Problematik der §§ 55, 56 StPO in: Studien zur Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Stock, 1966, S. 171 ff.

Geerds	Über strafprozessuale Maßnahmen, insbesondere Entnahme von Blutproben bei Verdacht der Trunkenheit am Steuer in: GA 1965, 321 ff.
-	Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit in: SchlHA 1964, 57 ff.
Geib	Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians 1842
Geiger	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952
Gerland	Der deutsche Strafprozeß, 1927
Geyer	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechts, 1880
Giese-Schunck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 7. Aufl. 1965
Glaser	Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, 1883
-	Handbuch des Strafprozesses, Erster Band 1883
v.Godin	Die berechtigte Zeugnisverweigerung als Gegenstand freier Beweiswürdigung in: SJZ 1949, 657 f.
Göhler	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 1970
Goldschmidt, James	Notstand bei Erfüllung der Zeugnispflicht in: DJZ 1925, 328 f.
-	Der Prozeß als Rechtslage, eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925
-	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1932
Goltdammer	Über die Zwangsmittel zum gerichtlichen Zeugnisse in: GA 10, 820 ff.
Gossrau	Unterlassen der Zeugenbelehrung als Revisionsgrund in: MDR 1958, 468 ff.

Graf von Gleispach	Deutsches Strafverfahrensrecht, 1943
Graf zu Dohna	Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1929
Grethlein-Brunner	Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1969
v.Grolmann	Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl., 1818
Grünwald	Anmerkung zu BGHSt. 22, 170 ff. in: JZ 1968, 752 f.
-	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren in: JZ 1966, 489 ff.
-	Die Teilrechtskraft im Strafverfahren, 1964
Haefliger	Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, 2. Aufl. 1959
Hahn	Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 1. Abteilung, 1880
-	Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, 1. Abteilung, 1880; 2. Abteilung, 1881
Halsbury	Halsbury's Laws of England, 3. Aufl. Band 15, 1956 mit Cumulative Supplement 1970 - Volumes 1-19 (Stand: 1.10.1969) und Current Service (Stand: 1.10.1970)
Hamann-Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 3. Aufl. 1970
Hanack	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahren (Band 11-22 der Amtlichen Sammlung) in: JZ 1971, 126 (127)
Heiden	Das Recht der Zeugnisverweigerung nach § 384 Ziff. 2 ZPO in: SaarlRuStZ 1950, 49 f.

Helie	Analyse et commentaire du Code de procédure pénale von Brouchot-Brouchot-Gazier, 1959
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht, 1953
-	Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968
Herz-Ernst	Strafrecht der Militärpersonen - Handbuch der wesentlichen auf Militärpersonen anwendbaren materiellen und formellen Strafgesetze mit Anmerkungen und Sachregister, 1905
v.Hippel, Robert	Der deutsche Strafprozeß, 1941, mit Nachtrag, 1943
Hirschberg	Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht, 1963
Humborg	Die Rechte des Zeugen in der Hauptverhandlung in: JR 1966, 448 ff.
Imig	Anmerkung zu Heiden: "Das Recht der Zeugnisverweigerung nach § 384 Ziff. 2 ZPO" (SaarlZ 1950, 49 f.) in: SaarlRuStZ 1950, 50
Inhulsen	Das englische Strafverfahren - Eine Einführung in die heutige Praxis, 1936
Ipsen	Enteignung und Sozialisierung in: VVDStRL 10, 74 ff.
Jagusch	Anmerkung zu BGHSt. 17, 245 ff. in: LM § 252 StPO Nr. 17
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931
Jescheck	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Bd. 10 und 11 der Amtlichen Sammlung) in: GA 1959, 65 ff.
-	Beweisverbote im Strafprozeß in: Verhandlungen des 46.Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil 3 B, 1966
Johannsen	Anmerkung zu BGHZ 26, 391 ff. in: LM § 384 ZPO Nr. 2

Kantorowicz	Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, 2. (letzter) Band: Die Theorie, 1926
Karitzky	Die Geschichte der Zeugnisverweigerungsrechte, 1959 - Diss. Heidelberg
Kaser	Testimonium in: Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Zweite Reihe, Neunter Halbband/Taurisci bis Thapsis, Sp. 1021 ff. (1934)
Kern	Strafverfahrensrecht, 8. Aufl., 1967
Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht, 10. Aufl., 1970
Kitka	Die Beweislehre im österreichischen Strafprocesse, 1841
Kleinknecht	Anmerkung zu OLG Köln JR 1969, 468 f. in: JR 1969, 469 f.
-	Die Beweisverbote im Strafprozeß in: NJW 1966, 1537 ff.
-	Strafprozeßordnung, 30. Aufl. 1971
Kleinknecht-Müller	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl., 1958
Kleinrahm	Landesverfassung in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, hrsg. von Loschelder und Salzwedel, 1964
Kleinschrod	Über den Beweis durch Zeugen in peinlichen Sachen in: Arch. d. Crim. R. 6 III, 33 ff.; 7 II, 166 ff.
Klems	Die Richteranklage im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 unter Berücksichtigung des geltenden Landesverfassungsrechts, 1949 - Diss. Heidelberg (ungedruckt)

Klug	Beweisverbote im Strafprozeß in: Verhandlungen des 46.Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte) Teil F, 1967, S. 30 ff.
Koellreutter	Deutsches Staatsrecht, 1953
Koeniger	Die Hauptverhandlung in Strafsachen, 1966
Köstlin	Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, 1849
Koffka, Else	Anmerkung zu BayObLGSt. 1966, 166 ff. in: JR 1968, 30 f.
Kohler-Scheel	Die Carolina und ihre Vorgängerinnen; Text, Erläuterung, Geschichte - Neudruck der Ausgabe Halle A.D.S. 1900; 1968 Bd. I: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. - Constitutio Criminalis Carolina Bd.II: Die Bambergische Halsgerichtsordnung
Kohlhaas	Anmerkung zu BGHSt. 6, 279 ff. in: LM § 52 StPO Nr. 6
-	Anmerkung zu BGHSt. 10, 104 ff. in: EJF C I Nr. 16
-	Wie weit darf bei Verwertung des Verhaltens einer zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Auskunftsperson gegangen werden? in: JR 1955, 43 ff.
Kohlrausch	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl., 1936
v.Kries	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892
Kühne	Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz, 1970
Küper	Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967

Landé	Zeugnisverweigerung wegen Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung in: DJZ 1908, 694 ff.
Lange, Richard	Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht in: Probleme der Strafrechtserneuerung - Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944
Lechner	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1954 mit Ergänzungsband 1957
-	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 1967
Leibholz-Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. Aufl., 1966, mit Nachtrag 1968
Leibholz-Rupprecht	Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Rechtsprechungskommentar, 1968
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 1.Band 1957; 2. Band 1958
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 15. Aufl.,1970
Lienhart	Der Bundesstrafprozeß der Schweiz, 1935 mit Nachtrag 1953
-	Der thurgauische Strafprozeß, (ohne Jahresangabe)
Liepmann	Geständnis in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1927, Bd. II, S. 889 ff.
Lochbrunner	Handbuch des Bundesdisziplinarrechts für Beamte und Richter des Bundes, 1968
Löwe	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze, 1879
-	4. Aufl. 1884
-	11.Aufl. 1904

Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. 1929
Löwe-Hellweg-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den Gesetzen vom 24. November und 6. Dezember 1933, 19. Aufl. 1934 mit Ergänzungsband 1936 und 2. Nachtrag 1940
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 20. Aufl. 1958
-	21. Aufl. 1963 mit Ergänzungsband 1966
-	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl. (im Erscheinen begriffen) 1971
Lohsing-Serini	Österreichisches Strafprozeßrecht, 4. Aufl. 1952
Lüttger	Der "genügende Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage in: GA 1957, 193 ff.
v. Mangoldt	Das Bonner Grundgesetz, 1953
v. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Band II, 2. Aufl. 1964
Mannheim	Anmerkung zu RG JW 1927, 793 in: JW 1927, 793
-	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925
Martin	Anmerkung zu BGHSt. 5, 132 ff. in: LM § 1 JGG Nr. 1
-	Anmerkung zu BGHSt. 9, 34 ff. in: LM § 55 StPO Nr. 3
Maunz-Dürig	Grundgesetz (Loseblatt, Stand: 1969)
Maunz/Sigloch/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein	Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen (Loseblatt, Stand: Januar 1967)

Maurach	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Aufl.1965 Besonderer Teil, 5. Aufl.1969 mit Nachtrag 1970
Mayer	Commentar zu der Oesterreichischen Strafprozeß-Ordnung vom 23. Mai 1873 Erster Teil (§§ 1-206) 1881
Mayer-Ule	Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-Pfalz, 1969
Meyer-Anschütz	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919
Mitterbacher	Die Strafprozeßordnung für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder der österreichisch-ungarischen Monarchie vom 28.5.1873 und deren Einführungsgesetz mit Commentar, 1882
Mittermaier	Die Lehre vom Beweis im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, 1834
-	Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafverfahren, 1. Theil 1845 2. Theil 1846
Mönkemöller	Psychologie und Psychopathologie der Aussage, 1930
Mötzinger	Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht nach der Reichsstrafprozeßordnung, 1915 - Diss. Würzburg
Mommsen	Römisches Strafrecht, 1899
Müller-Sax (KMR)	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Aufl. 1966
Neumann	Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozeß, 1930 - Diss. Zürich
Newman	Das englisch-amerikanische Beweisrecht, 1949

Niebler	Der Zeugenbeweis im amerikanischen Strafverfahren, 1958 - Diss. München
Niese	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950
-	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen in: JZ 1953, 219 ff.; 1960, 565 ff.
Nuvolone	Beweisverbote im Strafverfahren der Länder des romanischen Rechtskreises in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil 3 A, 1966 S. 55 ff.
Olshausen	J. von Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., 1927, 2. Band
Ostermeyer	Anmerkung zu BGHSt. 22, 113 f., in: NJW 1968, 1789 f.
Panhuysen	Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit - Ein Beitrag zur Stellung des Zeugen und Sachverständigen im Strafprozeß, 1964
Paulus	Sententiarum receptarum libri quinque qui vulgo Julio Paulo adhuc tribuuntur in: Fontes Juris Romani Antejustiniani, hrsg. von Johannes Baviera, Teil II 1968
Pentz	Neue Zweifelsfragen nach dem Jugendgerichtsgesetz in: NJW 1954, 1351 ff.
Peters, Egbert	Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß in: ZZP 76, 145 ff.
-	Zeugnisverweigerung als Beweisgrund? in: ZZP 77, 444 ff.
Peters, Karl	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil 3 A, 1966, S. 91 ff.

Peters, Karl	Strafprozeß, 2. Aufl. 1966
-	Der Strafprozeß in der Fortentwicklung, 1970 - Zugleich ein Nachtrag zur 2. Auflage (1966) des Lehrbuchs "Strafprozeß"
Pfeiffer-Maul-Schulte	Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1969
Pfenninger	Der Angeklagte als Zeuge in eigener Sache in: SchwJZ 1961, 297 ff.
-	Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten im Strafverfahren in: Festschrift für Theodor Rittler - zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 355 ff.
-	Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerung im schweizerischen Strafverfahren in: Probleme des schweizerischen Strafprozeßrechts - Ausgewählte Aufsätze von Prof.Dr.Hans Felix Pfenninger, 1966
Potrykus	Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl. 1955
Proskauer	Die Bewertung der Zeugnisverweigerung eines Angehörigen im Strafprozeß in: NJW 1953, 49 f.
Quintilian	Institutionis oratoriae Libri XII, hrsg. von Ludwig Rademacher, Teil I 1965
Radbruch	Grenzen der Kriminalpolizei in: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 121 ff.
Real	Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht in: Aargauisches Strafprozeßrecht - Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins, 1961
Reiners	Friedrich, 1952

Riedel	Jugendgerichtsgesetz, (Loseblatt, Stand: November 1965)
Roeder	Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes, 1963
-	System des österreichischen Strafverfahrensrechtes, 1951
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969
Rosenfeld	Der Reichsstrafprozeß, 4./5. Aufl. 1912
Rosenkötter	Die Sperrwirkung des jugendrichterlichen Beschlusses nach § 45 Abs. 1 Satz 1 JGG - Das Dilemma des geltenden Rechts, Vorschläge de lege ferenda, 1970 - Diss. Freiburg
Roßhirt	Zur Lehre von der Pflicht zum Zeugnisse im Strafprozesse in: ZDStrVerf N.F. 3, 94 ff.
Rotberg	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 1964
Rudolphi	Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß in: MDR 1970, 93 ff.
Sarstedt	Beweisverbote im Strafprozeß in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte) Teil F 1967, S. 8 ff.
-	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl. 1962
Sax	Zur Anwendbarkeit des Satzes "in dubio pro reo" im strafprozessualen Bereich in: Studien zur Strafrechtswissenschft - Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S. 143 ff.
Schaffstein	Jugendstrafrecht, 3. Aufl.1970
Scheuner	Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz in: Um Recht und Gerechtigkeit - Festgabe für Erich Kaufmann, 1950

Schmid, Werner	Haben die Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung Anspruch auf Protokollierung von Verfahrensfehlern? in: GA 1962, 353 ff.
-	Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, 1967
Schmidhäuser	Strafrecht - Allgemeiner Teil, 1970
Schmidt, Eberhard	Anmerkung zu BGHSt. 19, 141 ff. in: JR 1964, 188
-	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965
-	Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, 1949
-	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I - Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl. 1964 Teil II - Strafprozeßordnung 1957 Teil III - Gerichtsverfassungsgesetz 1960 Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (Strafprozeßordnung) - Nachtragsband I 1966 Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (StPO) - Nachtragsband II (StPO) 1970
-	Politische Rechtsbeugung und Richteranklage in: Justiz und Verfassung, Beiträge und Vorschläge zur Stellung der Rechtspflege im Staat aus Anlaß der westdeutschen Verfassungsberatungen, 1948
-	Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten - StPO §§ 115 Abs.3, 136 Abs. 1; 136a Abs. 3,4; 143 Abs.4 in: NJW 1968, 1209 ff.

Schmidt, Eberhard	Strafrecht und Disziplinarrecht in: Beiträge zum öffentlichen Recht (Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht) 1950 - Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950
-	Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund in: JZ 1958, 596 ff.
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1969
Schmitt	Anmerkung zu BGH NJW 1957, 1886 f. in: NJW 1957, 1886 ff.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 15. Aufl.1970
Schorn	Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963
-	Der Strafrichter, 1960
Schünemann	Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH in:MDR 1969, 101 ff.
Schütz	Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund, 1960 - Diss. Erlangen
Schwarz	Strafprozeßordnung, 22. Aufl. 1960
Schwarz-Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 26. Aufl. 1966 27. Aufl. 1967
Schwinge	Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960
Shaw	Evidence in criminal cases, 4. Aufl. 1954
Siegert	Anmerkung zu RG JW 1935, 3110 in: JW 1935, 3111

Simader	Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung, 1933
Spendel	Beweisverbote im Strafprozeß in: NJW 1966, 1102 ff.
Sprang	Die Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere im Rahmen des § 252 StPO, 1960 - Diss. Göttingen
Stalder	Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren, 1937 - Diss. Bern
Stein-Jonas-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band I 18. Aufl. 1953
Stenglein	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, 2. Aufl. 1889
Stephen	Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens, 1843
Stern	Probleme der Errichtung eines Verfassungsgerichts in Berlin in: DVBl. 1963, 696 ff.
v. Stern	Zeugniß- und Eidespflicht in Betreff eigener strafbaren Handlungen, (Zur Reform der §§ 54 und 56[3] StPO) in: GS 63, 205 ff.
Stock	Strafprozeßrecht, 1952 mit Nachtrag 1954
Stree	In dubio pro reo, 1962
Streiff	Die Strafrechtspflege im Kanton Glarus, 1948 - Diss. Zürich
Strutz	Das Zeugnisverweigerungsrecht von Ehebruchs- und Ehewidrigkeitszeugen in: FamRZ 1967, 85 ff.
Stützel	Der Beweisantrag im Strafverfahren, 1932
Sundelin	Die Pflicht in Strafsachen Zeugniß abzulegen in: AllgDStrZ 1863, 133 ff.

Suter	Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß, 1939 - Diss. Bern
Thomas-Putzo	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 5. Aufl. 1971
Tlapek-Serini	Die österreichische Strafprozeßordnung (Strafprozeßordnung 1960) in der Fassung der Kundmachung der Bundesregierung vom 20.April 1960 samt den wichtigsten Nebengesetzen, 6. Aufl. 1968
Töwe	Der Zeugenbeweis in: Das kommende deutsche Strafverfahren - Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, S. 206 ff. hrsg. von Gürtner, 1938
Vetter	Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts, 1954 - Diss. Zürich
Wach	Das Recht der Zeugnisverweigerung in: GS 66, 1 ff.
Wagner	Ehebruch, Eidesnotstand und Auskunftsverweigerungsrecht in: MDR 1959, 806 ff.
-	Vernehmungs- und Vereidigungsrecht parlamentarischer Untersuchungsausschüsse in: NJW 1960, 1936 ff.
Waiblinger	Das Strafverfahren für den Kanton Bern, 1937
Walder	Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozeß in: SchwZStR 82, 33 ff.
-	Die Vernehmung des Beschuldigten, 1965
Weber	Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 261 ff.
v.Weber	Die Sonderstrafe in: DRiZ 1951, 153 ff.

v.Weber	Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts in: JZ 1953, 293 ff.
-	Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes im Strafprozeß durch einen Stellvertreter in: MDR 1962, 169 ff.
Weigelin	Die Wahrheitspflicht des Richters in: JR 1951, 70 f.
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl. 1969
Werner, Wolfhart	Die ersten sieben Bände der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahrensrecht in: DRiZ 1956, 73 ff.
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band II Teil 2, 1957
Wiese	Der Verfassungssatz ne bis in idem - Art. 103 Abs. 3 GG - und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht in: VwArch 56, 203 ff.; 354 ff.
Wigmore	Evidence in trials at common law, Band 3, 3. Aufl. 1940, mit Ergänzung 1964 Band 8, bearbeitet von McNaugthon 1961, mit Ergänzung 1970
Woesner	Rechtsstaatliches Verfahren in Staatsschutzsachen in: NJW 1961, 533 ff.
Wolff	Verwirken der Verfahrensrüge durch den Angeklagten in: NJW 1953, 1656 ff.
Zachariae	Handbuch des Deutschen Strafprocesses, Erster Band 1861, Zweiter Band 1868
Ziegler	Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchstrichterlichen Auslegung des Beweisrechts im Strafverfahren, 1969

Zinn	Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, 1950, S. 46 ff.
Zinn-Stein	Die Verfassung des Landes Hessen, 1. Band 1954
Zöller	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl. 1968
Zumpt	Der Criminalprozeß der römischen Republik, 1871

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
Abg.	Abgeordneter
abl.	ablehnend, ablehnender
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
A.G.O.	Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793
AllgDStrZ	Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung (nach Jahrgang und Spalte)
Allg.Krim.G.O.	Allgemeine Kriminal-Gerichtsordnung von 1788
Anm.	Anmerkung
Arch.d.Crim.R.	Archiv des Criminalrechts (nach Band, Teil und Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AWG	Außenwirtschaftsgesetz v. 28.4.1961 (BGBl. I S. 481)
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (nach Band und Seite)
-	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge (nach Jahr und Seite)
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (nach Jahr und Seite)
Bd.	Band
bes.	besonders
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (nach Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (nach Band und Seite)

BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BStPO	Bundesgesetz über die Strafrechtspflege (Schweiz)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
cap.	capitulum
CCB	Constitutio Criminalis Bambergensis (Bambergische Halsgerichtsordnung)
CCC	Constitutio Criminalis Carolina (Peinliche Gerichtsordnung Karls V.)
c.i.c.	Code d'instruction criminelle
C.J.S.	Corpus Juris Secundum - A complete restatement of the entire american law as developed by all reported cases (nach Band und Stichwort)
Cod.	Codex Justiniani
ders.	derselbe
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche-Juristen-Zeitung (nach Jahr und Spalte)
DR	Deutsches Recht (nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (nach Jahr und Seite)
DRpflG	Dänisches Rechtspflegegesetz
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (nach Jahr und Seite)
E 1909	Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung v. 26.3.1909 (Amtliche Ausgabe 1908)

E 1919	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung - Reichsratsvorlage 1919 - in: Materialien zur Strafrechtsreform - Reform des Strafverfahrensrechts - 14. Band, 1960
E 1922	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte vom 19.7.1922 in: Reichsanzeiger 1922 Nr. 157
E 1923	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte v. 29.5.1923, in: Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920 - Drucksache Nr.5884
E 1936	Entwurf einer Strafverfahrensordnung, einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes - aufgestellt von der amtlichen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums - abgeschlossen am 27.2.1936
E 1939	Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung - abgeschlossen am 1.5.1939
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968 (BGBl. I S. 503)
Einl.	Einleitung
EJF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht, 1956 - 1960
Erl.	Erläuterung
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (nach Jahr und Nummer)
F	Federal Reporter - cases argued and determined in the Circuit Courts of Appeals and Circuit and District Courts of the United States (nach Band und Seite)
F. 2d	Federal Reporter - Second Series - Cases argued and determined in the United States Courts of Appeals, United States Courts of Customs and Patent Appeals and United States Emergency Court of Appeal (nach Band und Seite)
f., ff.	folgend, folgende

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht - Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (nach Jahr und Seite)
FPO	finnische Prozeßordnung
F.Supp.	Federal Supplement - Cases argued and determined in the United States District Courts and the United States Courts of Claims (nach Band und Seite)
Fußn.	Fußnote
G	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (nach Band, seit 1953 nach Jahr und Seite)
GaststG a.F.	Gaststättengesetz v. 28.4.1930 in der bis zum 8.5.1971 geltenden Fassung
Ges.-S.	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten (nach Jahr und Seite)
GG	Grundgesetz
Grdr.	Grundriß
GS	Der Gerichtssaal (nach Band und Seite)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hdb.	Handbuch
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen (nach Band und Seite)
Hill(NY)	New York Common Law Reports, Hill's Reports (nach Band und Seite)
h.L.	herrschende Lehre
HöchstRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts (Jahr und Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
hrsg.	herausgegeben

idF	in der Fassung
it.	italienisch
iVm	in Verbindung mit
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau (nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KH	Entscheidungen des kk Obersten Gerichts- als Kassationshofes (nach Band und Nummer)
Kommissionsbericht	Bericht der VIII. Kommission über den Entwurf einer Militärstrafgerichtsordnung in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode - V. Session 1897/98 - Reichstagsdrucksache Nr. 150 (S. 1504 ff.)
K.V.	Kommissionsvorschlag
Lb.	Lehrbuch
LDO	Landesdisziplinarordnung
L.ed.	United States Supreme Court Reports Lawyers' Edition (nach Band und Seite)
L.ed.2d	United States Supreme Court Reports Lawyers' Edition, Second Series (nach Band und Seite)
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (nach Jahr und Spalte)

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (nach Jahr und Seite)
m.E.	meines Erachtens
membr.	membrum
Motive	Motive zum Entwurf einer Strafprozeßordnung
MStGO	Militärstrafgerichtsordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (nach Jahr und Seite)
N.E.	The Northeastern Reporter, containing all the decisions of the Supreme Court of Ohio, Illinois, Indiana, Massachusetts, Appellate Court of Indiana, and the Court of Appeals of New York
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (nach Jahr und Seite)
Nov.	Novelle
Nr.	Nummer
NStrPG	norwegisches Strafprozeßgesetz
N.Y.	New York Reports - Reports of cases argued and determined in the court of appeals of the State of New York (nach Band und Seite)
öStPO	österreichische Strafprozeßordnung
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHSt.	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (nach Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (nach Band und Seite)
Oppenhof Rspr.	Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts in Strafsachen hrsg. von Oppenhof (nach Band und Seite)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

pr.	praefatio
Pr.Krim.O.	Preußische Kriminalordnung von 1805
Pr.Ob.Trib.	Preußisches Obertribunal
Protokolle Reichsjustizkommission I, II	Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Herausgegeben vom Reichs-Justizamte, 1905. Bd. I: Erste Lesung Bd.II: Zweite Lesung und Zusammenstellung der Beschlüsse
Protokolle Verfassungsausschuß	Protokolle des Verfassungsausschusses - Stenographische Berichte über die Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd.336, Anlage Nr. 391 - Bericht des Verfassungsausschusses
PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Qu.	Quaestio
Recht	Das Recht (nach Jahr und Nummer)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRspr.	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (nach Band und Seite)
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (nach Band und Seite)
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
Rn.	Randnummer
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung vom 1.2. 1877 (RGBl. S. 253)
S.	Seite
SA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (nach Band und Seite)
Samml.Hess.	Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Ausschreiben und anderen allgemeinen Verfügungen für Kurhessen (nach Band und Seite)
SaarlRuStZ SaarlZ	Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift (nach Jahr und Seite)
sc.	scilicet

SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen. Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein (nach Jahr und Seite)
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchwJZ	Schweizer Juristen-Zeitung (nach Jahr und Seite)
SchwZStR	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (nach Band und Seite)
s.E.	seines Erachtens
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (nach Jahr und Spalte)
Sp.	Spalte
SPG	Schwedisches Prozeßgesetz
SSt.	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (nach Band und Nummer)
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StGHG	Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 9.7.1921 (RGBl. S. 905)
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 19.12.1964 (BGBl. I S. 1067)
StPO	Strafprozeßordnung
StrafFreihG	Straffreiheitsgesetz
1.StrRG	Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechtes vom 25.6.1969 (BGBl. I S.645)
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
UntGes	Unterbringungsgesetz
UntGes-Berlin	Gesetz über Unterbringung von Geisteskranken und Süchtigen (Unterbringungsgesetz) vom 5.6.1958 (GVBl. S. 521)
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports (nach Band und Seite)
U.S.C.A.	United States Code Annotated
u.v.a.	und viele andere

v.	von, vom
Verf.	Verfassung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl.BZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung (nach Band und Seite)
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (nach Heft und Seite)
VwArch.	Verwaltungsarchiv (nach Band und Seite)
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (nach Jahr und Nummer)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
z.B.	zum Beispiel
ZDStrVerf	Zeitschrift für deutsches Strafverfahren (nach Band und Seite)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRpflBay	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (nach Jahr und Seite)
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (nach Band und Seite)

A. Einleitung

Schlägt man ältere Kommentare [1] oder Lehrbücher [2] zu § 55 StPO [3] auf, so könnte man meinen, die Auslegung dieser Vorschrift stoße auf keine besonderen Schwierigkeiten. Denn die Bemerkungen sind sehr knapp [4] und lassen nur wenige Streitfragen erkennen. Zwar wirft Goßrau [5] der Rechtsprechung [6] vor, sie hätte zu Unrecht für die Auslegung des § 55 StPO keine Konsequenzen aus der Einführung der Belehrungspflicht [7] durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 [8] gezogen; die Diskussion im Schrifttum beschränkt sich aber im allgemeinen [9] auf die Auswirkungen der Belehrungspflicht und erschöpft sich in zustimmenden oder ablehnenden Stellungnahmen zur Rechtsprechung, ohne dies näher zu begründen. So nimmt es nicht wunder, daß Geerds meint, bei den §§ 55, 56 StPO hätten sich nur wenige strittige Punkte ergeben [10]. Vertieft man sich aber in die Rechtsprechung und das Schrifttum zum Auskunftsverweigerungsrecht, so überrascht die Vielzahl der im Laufe der Zeit erörterten, bisher aber nicht endgültig geklärten Fragen. Bedeutung und Umfang der

---

1) Vgl. Löwe (1.Aufl.); Löwe-Rosenberg (18.Aufl.); Löwe-Hellweg-Rosenberg; Feisenberger; Kohlrausch.
2) Vgl. Beling, Strafprozeßrecht S. 306 f.; Bennecke-Beling S. 351; Gerland S. 194 f., 205; v.Hippel S. 400; v.Kries S. 360; siehe auch Mötzinger S. 53 ff.
3) Bis zur Bekanntmachung des Textes der StPO v. 22.3.1924 (RGBl. I S. 15) war das Auskunftsverweigerungsrecht in § 54 StPO geregelt.
4) Eine Ausnahme macht Glaser, Hdb.I S. 516 ff.
5) MDR 1958, 468 ff.; vgl. auch Eb.Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn.14; ders. JZ 1958, 596 ff.
6) Vgl.BGHSt.11,213 ff.; vgl. auch schon BGHSt.1, 39 ff.
7) Schon v.Hippel S.400 Fußn.6 forderte die Belehrungspflicht.
8) Art.3 Nr. 19 - BGBl.1949/50 S. 455.
9) Eine Ausnahme macht Geerds, Studien S. 171 ff., der auch zur Konstruktion des § 55 StPO kritisch Stellung nimmt.
10) aaO S. 180.

Bestimmung sind offen geblieben. Die zahlreichen Streitfragen und Versuche zu ihrer Lösung zu zeigen, soll Aufgabe dieser Arbeit sein.

Es erscheint aber nützlich, zu Beginn kurz die Entstehungsgeschichte des Auskunftsverweigerungsrechtes sowie die Rechtslage in einigen ausländischen Staaten darzustellen.

B. Die Entwicklung des Auskunftsverweigerungsrechtes

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung der Zeugnisverweigerungsrechte, die auch zur Schaffung des § 55 StPO geführt hat, so fällt auf, daß sich im Laufe der Jahrhunderte der Gesichtspunkt veränderte, unter dem man die Zeugenaussage jeweils betrachtete.

I. Die Zeit bis zum 19. Jahrhundert

Das römische Strafverfahren, das sich als Akkusationsprozeß [1] entwickelt hatte [2,3], war weder in einer für alle Strafverfahren geltenden Prozeßordnung geregelt [4] noch kannte es - im Gegensatz zu späteren gemeinrechtlichen Regelungen - ein ausgebildetes Beweissystem [5]. Der Richter war

---

1) Die Initiative zur Anklageerhebung wurde dem Bürger überlassen.
2) Glaser, Hdb. I S. 61; Zachariae I S. 93; Zumpt S. 33 ff.
3) Bei ganz außerordentlichen Fällen (quaestiones extra ordinem) gab es einzelne Ausnahmen vom Anklagegrundsatz, die später immer größere Bedeutung erlangten; vgl. Geyer S. 27; Zachariae I S. 93 ff.
4) Es handelte sich jeweils um Regelungen für Verfahren bei bestimmten Verbrechen, die erst später allgemeine Geltung bekamen; vgl. Geyer S. 24; Mittermaier, Beweis S. 315; Zachariae I S. 85 f.
5) Geib S. 624; Mittermaier aaO S. 11 f.; Glaser aaO S. 65; Karitzky S. 10; Mittermaier, Strafverfahren II S. 311.

an keine Beweisregeln gebunden, die die freie Überzeugungsbildung einschränkten, indem sie vorschrieben, wann eine Tatsache bewiesen war; er bildete sich seine Überzeugung allein auf Grund der vorhandenen Beweismittel [1].

Das wichtigste Beweismittel der damaligen Zeit war der Zeuge [2]. War grundsätzlich zwar jede Person zeugnisfähig [3], so standen dennoch nicht alle Zeugen zur Beweisführung zur Verfügung, weil dem grundlegende Vorstellungen des römischen Lebens entgegenstanden. So waren nach den überlieferten Vorschriften [4] Eltern und ihre Kinder [5] - und zwar auch dann, wenn sie aussagebereit waren [6] -, Freigelassene [7] und Rechtsbeistände [8] als Zeugen gegen den Angeklagten nicht zugelassen [9]; eine Aussage hätte dem römischen Verständnis von der Bedeutung der "familia" und den Treueverhältnissen widersprochen [10].

---

1) Dig. XXII 5, 3, 1, 2; Mittermaier, Strafverfahren II S. 385 Fußn. 17; Zachariae II S. 403; Zumpt S. 259.
2) Glaser, Beiträge S. 198; Kaser Sp. 1046.
3) Mommsen S. 401; Sklaven wurden zwar zur Aussage zugelassen, fielen aber als Unfreie nicht unter die Kategorie der Zeugen - vgl. Zumpt S. 247.
4) Die im Corpus Iuris enthaltenen Gesetzesstellen geben kein einheitliches Bild der Vorschriften über die Zeugen; scheinbare Widersprüche beruhen darauf, daß die Texte Gesetze verschiedener Epochen wiedergeben, vgl. hierzu Zumpt S. 245 ff., der dies ausführlich darlegt.
5) Dig. XXII 5, 9; Cod. IV 20, 6; vgl. hierzu Roßhirt ZDStrVerf. N.F. 3, 94 (111 ff.); die Vorschriften wurden später dahin verstanden, daß auch Ascendenten und Descendenten erfaßt worden waren; - Glaser, Hdb. I S. 500; Roßhirt aaO.
6) Cod. aaO; Roßhirt aaO.
7) Dig. XXII 5, 3, 5.
8) Dig. XXII 5, 25; Roßhirt aaO S. 136.
9) Mommsen S. 402; Zumpt S. 263 ff.
10) Ein derartiges Treueverhältnis bestand zwischen dem Patron und seinem Klienten, das ursprünglich auch zum Rechtsbeistand verpflichtete - Mommsen S. 402 Fußn. 4; vgl. auch Karitzky S. 12.

Strafgerichtlich Verurteilte [1] und aus anderen Gründen von der Gesellschaft nicht anerkannte Menschen [2] waren ebenfalls vom Zeugnis ausgeschlossen, weil man ihre Aussage nicht für glaubwürdig hielt [3].

Während Unmündige ebenfalls vom Zeugnis ausgeschlossen gewesen sein werden [4], gilt dies nicht grundsätzlich [5], sondern nur in bestimmten Fällen für die Frauen [6].

Die römischen Juristen glaubten, daß diese Zeugen wegen ihrer Achtung vor bestimmten Personen, ihrer mangelhaften Einsichtsfähigkeit oder ihres schimpflichen Lebenswandels [7] sowie wegen der Gefahr unwahrer Aussagen bei naher Verwandtschaft [8] unglaubwürdig seien.

Daneben gewährte das Prozeßrecht einigen Personengruppen Freiheit vom Zeugniszwang, tatsächlich also die Freiheit der Entscheidung, ob sie aussagen wollten oder nicht [9]. Denn nahen Verwandten [10], in späterer Zeit auch Freigelassenen [11], dem Mündel [12], Greisen, Kranken, Soldaten und in Staats-

---

1) Dig.XXII 5, 1, 9 und 5, 3, 5; Mommsen S.402 Fußn.5.
2) So waren Häftlinge und Angeklagte, bestochene Zeugen, Lustknaben und Huren sowie Gladiatoren vom Zeugnis ausgeschlossen - Dig.XXII 5, 20; Mommsen S. 403 mit Fußn. 1.
3) Zumpt S.263; vgl. auch Mommsen S. 403.
4) Dig.XXII 5, 35; Karitzky S.10; a.A. Mommsen S.410 Fußn.2, der ohne ersichtlichen Grund Freigelassene und Unmündige unterschiedlich behandelt - vgl. auch S. 402 -, obwohl die Digestenstelle XXII 5, 3, 5 lautet: "...ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parentve eius liberavit, quive impuberes erunt, ...".
5) Mommsen S. 403.
6) Vgl. Dig. XXII 5, 18; XXVIII 1, 20, 6.
7) So Dig. XXII 5, 3, 5.
8) Paulus V 15, 3: "..., quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit." Ob dies der wahre Grund gewesen ist, wird später angezweifelt, vgl. Zachariae II S. 187 Fußn.17 und Roßhirt ZDStrVerf N.F. 3, 94 (114).
9) Karitzky S. 11; Mommsen S. 408; Quintilian V 7,9.
10) Dig.XXII 5,4; Paulus V 15,2; Roßhirt aaO S.114 f.
11) Dig.XXII 5,4; nach Zumpt S.270 ist es eine spätere Gesetzesstelle.
12) Dig.XXII 5, 19, 1.

diensten Abwesenden [1] sowie Steuerpächtern und Heereslieferanten [2] wurde nicht zugemutet, gegen ihren Willen unter Zwang [3] auszusagen [4]. Nahmen zwar gerade die Befreiungen vom Zeugniszwang Rücksicht auf die besondere Stellung verschiedener Personengruppen, so waren jedoch weder die Zeugenausschlüsse noch die Bestimmungen über die Befreiung vom Zeugniszwang als Zeugnisverweigerungsrechte im Sinne von "Leistungsverweigerungsrechten" [5] des Zeugen konstruiert. Es handelte sich vielmehr um Anweisungen an den Richter, die als Hilfsmittel für die Überzeugungsbildung gedacht waren [6]. Die genannten Bestimmungen nahmen also keine Rücksicht auf eine Konfliktslage des einzelnen, die auch der Staat nicht hätte ausnutzen dürfen; sie waren vielmehr aus Gründen der Wahrheitsfindung für den Richter geschaffen worden.

Aus dem überlieferten römischen Verfahrensrecht und dem kanonischen Prozeßrecht [7] entwickelte

---

1) Dig. XXII 5, 8.
2) Dig. XXII 5,19.
3) Als Zwangsmittel kamen Haft und Geldbußen in Betracht - Mommsen S. 405; die Folter eines freien Zeugen trat erst zur Zeit des Septimius Severus (193 - 211 n.Chr.) auf - Dig. XLVIII 18, 15 pr.; Mommsen S. 407.
4) Roßhirt aaO hält es für möglich, daß später nur der Zwang zum Erscheinen als ausgeschlossen galt.
5) Vgl. zu diesem Begriff Goldschmidt, Rechtslage S. 307 Fußn. 1600; Eb.Schmidt Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52 - 56 Rn. 4.
6) Karitzky S. 12; Glaser, Beiträge S. 199 läßt es offen, ob die Quellen nicht in einigen Fällen Zeugnisverweigerungsrechte schaffen wollten; Karitzky aaO weist aber zutreffend darauf hin, daß die Gesetzestechnik gegen ein Recht des Zeugen spricht; für ein Recht des Zeugen: Feyock S.7.
7) Im kanonischen Strafprozeßrecht hatten sich der Inquisitionsprozeß als Verfahrensart neben dem Akkusationsprozeß - vgl. Biener S. 16 ff.; Geyer S. 31 ff.; Zachariae I S. 106 ff. - sowie das römische Recht ergänzende Beweisvorschriften herausgebildet, die den Beginn einer gesetzlichen Beweislehre bildeten - vgl. Mittermaier, Beweis S. 14; Zachariae I S. 114; II S. 405.

sich in den italienischen Juristenschulen des Mittelalters ein Verfahrensrecht [1], das im Hinblick auf die Wahrheitsermittlung [2] eine Reihe von Vorschriften über die Wirksamkeit des Zeugenbeweises enthielt [3] und dem Richter genau vorschrieb, wann ein Beweis als gelungen anzusehen war und wann nicht.
So wurden ähnlich dem römischen Recht bestimmte Personengruppen grundsätzlich vom Zeugnis ausgeschlossen - man traute ihnen eine wahrheitsgemäße Aussage nicht zu - [4], andere demgegenüber aber nur als verdächtige Zeugen eingestuft. Wurden untaugliche Zeugen ausnahmsweise zum Zeugnis zugelassen, so sollten Verwandte und Hausgenossen keinem Zeugniszwang unterliegen, während alle übrigen untauglichen Zeugen ihre Aussage durch die Folter bekräftigen mußten [5].

Während im römischen Strafverfahren der Beweis durch Zeugen das wichtigste Beweismittel war [6], hatte der Zeugenbeweis im germanischen Rechtskreis für die Ermittlung des tatsächlichen Geschehens solange keine Bedeutung, als es nicht darauf ankam, die materielle Wahrheit zu ermitteln, sondern der Rechtsstreit mit formalen Beweismitteln [7] entschieden wurde [8]. So blieb der

---

1) Brunnenmeister S. 214; Glaser Hdb.I § 8; die Tortur als Mittel zur Wahrheitserforschung wurde jetzt allgemein üblich - Glaser aaO S. 77.
2) Vgl. z.B.Albertus Gandinus nach Kantorowicz S.70: ".... quia in criminalibus dum de hominis salute tractatur, debent probationes esse lucide et aperte,..."; Mittermaier, Strafverfahren II S. 312, 385; ders., Beweis S. 15 f.
3) Karitzky S. 15; vgl. Zachariae II S. 440 f. für die Erfordernisse der gemeinrechtlichen Zeit.
4) In Fällen besonderen öffentlichen Interesses oder beim Fehlen eines vollgültigen Beweises wurden sie aber dennoch zum Zeugnis zugelassen.
5) Karitzky S. 17 f.
6) Glaser, Beiträge S. 198; Kaser Sp. 1046.
7) Als Beweismittel waren Reinigungseid, Gottesurteil oder Zweikampf anerkannt.
8) Karitzky S. 13; Eb. Schmidt, Einführung S. 39.

Zeugenbeweis in Deutschland bis zur Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert ohne umfassende Regelung einer gesetzlichen Beweistheorie [1].

Das in Deutschland erstmalig in der Wormser Reformation (1498) auftauchende Gedankengut italienischer Juristen [2] wurde in die Bambergische Halsgerichtsordnung von 1507 (Constitutio Criminalis Bambergensis) [3] und in die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Constitutio Criminalis Carolina) [4] eingearbeitet. Beide Gerichtsordnungen enthalten fast gleichlautende Vorschriften über die Voraussetzungen eines gültigen Beweises [5] und der Tortur des Beschuldigten [6] sowie die Einteilung in "genugsame" [7] und "nicht genugsame" Zeugen [8], bei der auf verwandtschaft-

---

1) Karitzky S. 14 f.; Eb.Schmidt, Halsgerichtsordnungen S. 71 ff.; so gehören die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1507 und die Tiroler Malefizordnung von 1499 zu den noch in germanischem Denken verhafteten Gerichtsordnungen.
2) Vgl. Brunnenmeister S. 215 f.; Karitzky S. 19. Die Wormser Reformation enthält in Buch II Teil 3 Titel 3 und Buch IV Teil 2 Titel 2 genaue Vorschriften über die Beweise und die Gültigkeit einer Zeugenaussage.
3) Brunnenmeister S. 213 ff.
4) Mittermaier, Strafverfahren II S. 312 f.; Eb. Schmidt, Einführung S. 109; Geyer S. 61; Übernahme der italienischen gesetzlichen Beweistheorie; vgl. aber die interessanten Ausführungen Küpers S. 128 ff., nach dem im Beweisrecht der CCC nur "Richtungsnormen" enthalten sind, das italienische Recht also noch nicht voll übernommen ist.
5) CCB Art. 78; CCC Art. 67.
6) CCB Art. 30; CCC Art. 23; Karitzky S. 20.
7) CCB Art. 76a; CCC Art. 66; Karitzky S. 21 hält die Verweisung "rechtmessige ursachen" in CCC Art. 66 ("Genugsame zeugen seindt die, die unverleumndt und sunst mit keiner rechtmessigen Ursachen zuverwerffen seindt.") für einen Hinweis auf die früheren Privilegierungen.
8) Hierzu gehörten unbekannte (CCB Art. 75; CCC Art. 63), bezahlte (CCB Art. 76; CCC Art. 64), minderjährige Zeugen (CCB Art. 76a; in der CCC fehlte eine entsprechende Bestimmung) sowie Zeugen vom Hörensagen (CCB Art. 77; CCC Art. 65). Nach Art. 76a CCB war das Zeugnis der Frau nur in Ausnahmefällen ein vollwertiges Beweismittel (die CCC äußert sich zu dieser Frage nicht).

liche Beziehungen keine Rücksicht genommen wurde. Der Beschuldigte durfte nur dann verurteilt werden, wenn er ein glaubwürdiges Geständnis ablegte [1] oder mindestens zwei glaubwürdige gute Zeugen, die das Verbrechen beobachtet hatten [2], gegen den Täter aussagten [3]. Gelang die Überführung des Täters auf diesem Wege nicht, so genügte die Aussage eines "genugsamen Zeugen" [4] oder der Beweis ausreichender Indizien [5], um den Beschuldigten der Folter zu unterwerfen. So gelang es fast immer, das erforderliche Geständnis [6] zu erhalten. [7] Der Zeuge war ein Mittel zur Wahrheitsfindung.

Da sich in der Folgezeit die Auffassung des italienisch-kanonischen Beweisrechts voll durchgesetzt hatte [8], unterschied auch die gemeinrechtliche Lehre [9] weiterhin zwischen "testes habiles" und "testes inhabiles" [10], da im Hinblick auf die Wahrheitsermittlung nicht jeder Zeuge zuverlässig

---

1) CCB Art. 29, 72 a; CCC Art. 22, 60.
2) Die Zeugen mußten "von einem waren wissen sagen" können.
3) CCB Art. 30, 78; CCC Art. 23, 67.
4) Der Zeuge mußte über "die hauptsach der missethat" berichten können, CCB Art. 30 Satz 1; CCC Art. 23 Satz 1.
5) CCB Art. 30 Satz 2; CCC Art. 23 Satz 2.
6) Es galt der Satz "confessio est regina probationum".
7) So weist Pfenninger, Wahrheitspflicht S. 358 darauf hin, daß auch "die Bequemlichkeit der Praxis" dazu führte, die Folter bis ins 18.Jahrhundert beizubehalten.
8) Vgl. hierzu den interessanten Überblick über die Entwicklung des Beweisrechts im Inquisitionsprozeß bei Küper S. 125 ff.
9) Zur gemeinrechtlichen Lehre vgl.Brunnemann, Anleitung cap.V §§ III,IV; ders.Tractatus cap.VIII membr.2 Nr. 16 ff.;Boehmer Art.66 § II;Carpzow, Qu.CXIV;Eb.Schmidt JZ 1958,596(599).Nach Mittermaier, Strafverfahren I S.437 läßt sich nicht beweisen, daß die römischen Ansichten im gemeinen Recht noch fortdauerten; a.A.Roßhirt ZDStrVerf. N.F.3,94 (125); vgl. auch Küper S. 132 ff.
10) Untaugliche Zeugen konnten gehört werden, wenn die Wahrheit nicht anders zu ermitteln war; vgl. Carpzow aaO Nr. 35.

schien [1]; Zeugenbefreiungen wurden nicht mehr gewährt [2].

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts begann man zu erkennen, daß die Folter ungeeignet sei, um die Wahrheit zu ermitteln [3]. So wurden die Bestimmungen über die untauglichen Zeugen derart aufgelockert, [4] daß man gezwungen war, die Zeugen in Kategorien tauglicher, völlig untauglicher und nur verdächtiger Zeugen unter Einführung immer größerer Differenzierungen [5] einzuteilen. Gleichzeitig begann der Staat auf familiäre Bindungen Rücksicht zu nehmen, da jetzt die Aussagen gegen nahe Angehörige möglichst nicht erzwungen werden sollten [6]. Ein subjektives Recht wurde dem Zeugen aber noch nicht gewährt [7]; der Zeuge blieb "Mittel zur Beweisführung, dessen sich der Richter - allein seinem Souverän und seinem Gewissen verantwortlich - bedienen" durfte [8].

Mit Ausnahme der Criminalinstruktion für Braun-

---

1) Noch Mittermaier, Strafverfahren II S. 382 übernimmt diese Einteilung.
2) Karitzky S. 27.
3) Folgerichtig ist man bestrebt, dem Richter neue Informationsquellen zu erschließen, indem auch die Ladung untauglicher Zeugen zu einem Verhör "ad informandam curiam" zugelassen wurde; vgl. Karitzky S. 31; Frölichsburg 1. Teil 1. Buch, 18. Titel Nr. 4.
4) Unter Beibehaltung der gesetzlichen Beweistheorie - Karitzky S. 32.
5) Mit verdächtigen Zeugen konnten Teilbeweise erbracht werden; Karitzky aaO.
6) Karitzky S. 33; neben dem Gedanken, den Familienbereich nach Möglichkeit nicht anzutasten, erschien die Rechtsfindung durch die Aussagen der Angehörigen gefährdet (Gefahr unwahrer Aussagen aus Familienrücksicht); vgl. z.B. Neue Peinliche Halsgerichtsordnung Josephs I. (1707) Art.X § 1.
7) Karitzky S. 36; Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (599).
8) So Karitzky aaO; vgl. Frölichsburg 1. Teil 2. Buch 9. Titel Nr. 2, wonach notfalls eine Entscheidung der Obrigkeit einzuholen war.

schweig und Lüneburg [1] übernahmen die damaligen deutschen Gesetzgebungen [2] die überkommenen Regelungen, ohne solche Konflikte des Zeugen zu berücksichtigen [3].

In der Constitutio Criminalis Theresiana von 1769 werden neben den untauglichen Zeugen [4] erstmalig Verwandte und zum Angeklagten in persönlicher Beziehung stehende Personen als von der Zeugnispflicht befreit bezeichnet [5].

Diese, aus dem Kreise der untauglichen Zeugen zwar herausgenommenen Personen, bleiben aber für den Gesetzgeber erkennbar verdächtig [6], denn die Wahrheitsermittlung, nicht die Rücksichtnahme auf persönliche Beziehungen stand im Vordergrund [7,8].

Auch in Josephs II. Vorschrift über das Kriminalverfahren von 1788 (Allgemeine Kriminalgerichtsordnung) konnte die Aussage bestimmter Angehöriger nicht erzwungen werden [9]; ein Recht des Zeugen wurde aber nicht anerkannt.

---

1) Nach Cap. VIII § X sollten Angehörige gegen ihren Willen erst auf besondere Anweisung der Justizbehörden zu einem Zeugnis gezwungen werden.
2) Vgl. Neue Peinliche Halsgerichtsordnung Josephs I. (1707); Preußische Kriminalordnung (1717); Preußisches Landrecht (1721); der Codex Juris Bavarici (1751) stellte nach Mittermaier, Beweis S. 17 am treuesten die damals unter den Praktikern herrschenden Ansichten über die Beweislehre dar.
3) Vgl. ausführlich Karitzky S. 37 ff.
4) Art. 33 § 4.
5) Art. 33 § 6.
6) Im Art. 33 § 6 wird nämlich unmittelbar nach den Vorschriften über die Zeugenbefreiung bestimmt, daß im Falle einer freiwilligen Aussage die Glaubwürdigkeit des Zeugen besonders vorsichtig von dem Richter zu prüfen sei.
7) So konnten bei schweren Verbrechen untüchtige und vom Zeugnis befreite Zeugen nicht nur zur Aussage zugelassen, sondern auch zur Aussage gezwungen werden; vgl. Art. 33 § 7 Nr. 2.
8) Glaser, Hdb. I S. 115 sieht daher die Theresiana nicht als Eröffnung einer neuen, sondern als Abschluß der alten Zeit an.
9) § 123 - Eine erzwingbare Aussagepflicht dieser nicht als unfähige oder bedenkliche Zeugen angesehenen Personen (§§ 124,125) bestand nur bei den Verbrechen beleidigter Majestät oder Landesverrat.

Aber schon das Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen Franz' II. (1803) enthielt die erste moderne Bestimmung über ein Zeugnisverweigerungsrecht [1]. Nach § 377 entschieden die nächsten Angehörigen nicht nur selbst, ob sie aussagen wollten [2], sie mußten vielmehr an ihre Aussagefreiheit "ausdrücklich erinnert" werden und die Belehrung war in das Protokoll aufzunehmen [3].

Auch die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793 nahm schon auf eine Konfliktsituation des Zeugen Rücksicht, indem sie den Zeugen von der Aussagepflicht befreite, wenn ihm "angemuthet wird, seine eigene, oder seiner nahen Anverwandten oder seines Ehegatten Schande zu bekennen" [4]. Die Allgemeine Gerichtsordnung [5] enthielt somit als erste Prozeßordnung eine Bestimmung, die den späteren Auskunftsverweigerungsrechten im Zivil- und Strafprozeßrecht entsprach. Diese Vorschrift übernahm die Preußische

---

1) 1. Teil § 377; es werden zwar immer noch Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Zeugenaussage als Beweis aufgestellt (§ 403) und zwei Zeugen zum vollgültigen Beweis gefordert (§§ 404, 410) - vgl. hierzu Kitka §§ 24 ff. -, es fehlt aber die Klassifizierung der Zeugen. Dafür wurde aber in § 384 die Beeidigung bestimmter Personengruppen - die entsprechend der früheren Zeugenklassifizierung eingeteilt waren - verboten; es bestand der Verdacht fehlender Aufrichtigkeit des Zeugen - vgl. Kitka S. 118.
2) Die Aussagefreiheit bestand nur im Falle des Hochverrates nicht - § 377 Satz 3.
3) Die Zeugenaussage konnte zum rechtlichen Beweise dienen, wenn sie freimütig abgelegt worden war und sich weder aus den persönlichen Verhältnissen noch aus dem Inhalt der Aussage Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage ergaben (§ 403 litt.a und e). Die Nichtbelehrung war nicht ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund genannt.
4) A.G.O. Teil 1 Titel 10 § 180 Nr. 3.
5) Die A.G.O. regelte das Verfahren in Zivilsachen.

Kriminalordnung von 1805 aber nur in der eingeschränkten Fassung [1] des § 313 Nr. 4 [2,3]. Der Zeuge war auch bei schwersten Nachteilen [4] zur Antwort verpflichtet, wenn die Frage mit dem Vernehmungsgegenstand in Zusammenhang stand [5]. Wie wenig Rücksicht jedoch noch auf die besondere Lage des Zeugen genommen wurde, wenn er sich selbst belasten mußte [6], zeigt § 356 Nr. 8 der Kriminalordnung: Nach dieser Vorschrift konnte der Tatteilnehmer erforderlichenfalls gehört werden, obwohl er nicht geeignet war, ein Zeugnis abzulegen. Die Kriminalordnung, die auch noch einen umfangreichen Katalog unfähiger und verdächtiger Zeugen aufstellte [7], war somit noch auf gemeinrechtlichem Gedankengut aufgebaut.

---

1) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Pr.Ob.Trib. GA 8, 544 (545); Oppenhof Rspr. 2, 339 ff. und 511.

2) "Von der im § 312 (sc. Zeugnispflicht) bestimmten Regel finden folgende Ausnahmen statt: .....4) wenn bei einer, mit dem Gegenstande der Vernehmung offenbar nicht in Verbindung stehenden Frage der Zeuge nicht ohne scheinbaren Grund befürchtet, daß deren Beantwortung für seine Person nachtheilige Folgen haben möchte."

3) Vgl. für die Gesetzgebung der damaligen Zeit auch die Bayerische Criminalordnung von 1813 (Teil II Titel IV), nach Mittermaier, Beweis S. 22 durch Beachtung wissenschaftlicher Grundsätze und Klarheit die vollständigste Beweislehre dieser Zeit.

4) Nach der Rspr. des Pr.Ob.Trib. bestand auch bei der Bekundung der eigenen Schande keine Befreiung von der Aussagepflicht (vgl. die Entscheidungen in GA 2, 414 (415) und 8, 544).

5) Karitzky S. 57.

6) Das Berufs- und Gewerbegeheimnis genoß demgegenüber einen besseren Schutz durch § 313 Nr. 3 Pr.Krim.O. Der Zeuge konnte nämlich die Zeugenvernehmung verweigern, ohne Ordnungsstrafen befürchten zu müssen, "wenn die Entdeckung eines Geheimnisses erfordert wird, durch dessen Bekanntwerdung der Zeuge in seiner Kunst oder in seinem Gewerbe einen Schaden erleiden würde."

7) §§ 355, 357 Pr.Krim.O.

II. Das Entstehen des Auskunftsverweigerungsrechtes

Nachdem zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Konfliktsituation des Zeugen, der sich belasten müßte, erkannt worden war [1], kam in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts die Diskussion über den Zeugenzwang allgemein in Deutschland in Gang [2]. Die Auffassung, niemand dürfe gezwungen werden, sich selbst zu belasten [3], führte zur Forderung, diesen Grundsatz auch auf die Zeugen auszudehnen [4]. So setzte sich die Ansicht durch, "daß der Staat sich nicht mit unbestreitbaren sittlichen Anforderungen in Widerspruch setzen darf" und "daß erdie

---

1) Karitzky S. 51; Eb.Schmidt JZ 1958, 596 (599 f.); Roßhirt ZDStrVerf.N.F. 3, 94 (95, 130); Kollision zwischen dem Recht des Staates und dem Recht des Individuums, das vom Staat wieder geschützt wird; Bauer, Lb.S. 230 spricht schon davon, daß "manche Personen jedoch von der gedachten Rechtspflicht b e f r e i t sind, ...", zieht aber hieraus keine Konsequenzen; etwas anders noch Bauer, Grundsätze S. 231; Mittermaier übernahm noch in Strafverfahren II die gemeinrechtliche Einteilung in "classische, genugsame, vollgültige, glaubwürdige" (S.381 f.), "untüchtige oder gänzlich verwerfliche Zeugen" (S. 382 ff.) und "verdächtige, bedenkliche Zeugen" (S.396 ff.), bei der jeder Gruppe von Zeugen eine unterschiedliche Beweiskraft zukam, da Mittermaier bei den verdächtigen Zeugen die Gefahr einer unwahren Aussage sah; vgl. ders.Beweis §§ 41 ff. - Auch Kleinschrod Arch.d.Crim.R. VI 3.Stück, 33 (39 ff.) teilte die Zeugen in dieser Weise in verschiedene Gruppen und sah die Wahrheitsfindung als Grund aller Einschränkungen an. Im Baierischen Strafgesetzbuch von 1813 war in Teil II Art. 204 den Verwandten ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt worden - durch ein Gesetz vom 14.1.1814 (so Karitzky S.48 Fußn.9), nach Roßhirt aaO S. 126 durch die Novelle v. 28.12.1813, soll die Belehrung und die Protokollierung eingeführt worden sein.

2) Vgl. Köstlin S.86 ff.; Sundelin Allg.DStrZ 1863, 133 ff.; der 5.Deutsche Juristentag (1864) befaßte sich unter anderem mit der Frage: "In welchem Umfange sind Maßregeln zur Erzwingung eines Zeugnisses in Strafsachen (Voruntersuchung, Hauptverfahren) zulässig?"

3) § 18 der VO v.3.1.1849 (Ges.-S.1849 S. 14 ff.) bestimmte: "Zwangsmittel jeder Art, durch welche der Angeklagte zu irgendeiner Erklärung genötigt werden soll, sind unzulässig."

4) Vgl. Sundelin aaO Sp. 147 f.

im Interesse der staatlichen Ordnung anerkannten allgemeinen Verpflichtungen nicht geltend machen kann, wo die Geltendmachung mit einem anderen Gesetze der staatlichen Ordnung in Collision kömmt, oder mit der Verletzung eines bestimmten Pflichtverhältnisses verbunden sein würde, welches auch der Staat zu schützen und zu respectieren verbunden ist" [1].
Der Gesetzgeber beließ es aber noch bei dem alten Zustand, wonach grundsätzlich eine Zeugnispflicht bestand, ohne gleichzeitig ein Zeugnisverweigerungsrecht zu gewähren.

Der entscheidende Anstoß zur Schaffung eines Auskunftsverweigerungsrechtes im heutigen Sinne ging von der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals aus. In seiner Entscheidung vom 5.4. 1854 [2] stellte das Gericht für den Fall, daß der Zeuge eine strafbare Handlung im Rahmen seiner Aussage bekennen müßte [3], den Grundsatz auf, "daß Niemand durch irgend welche äußere Mittel zum Bekenntnis einer solchen strafbaren Handlung gezwungen werden" dürfe [4]. Es sei unerheblich, so argumentierte das Obertribunal, ob dies bereits in einem gegen den Aussagenden anhängigen Verfahren oder in einem Verfahren gegen einen anderen in Form eines Zeugnisses verlangt werde. Da die Aussage über eine strafbare Handlung zu einer Anklage führen könne und der Zeuge somit

---

1) So Zachariae II S. 186; vgl. auch Mittermaier, Strafverfahren I S. 436 f.
2) GA 2, 414 f.
3) In dem betreffenden Strafverfahren wegen Kuppelei und gewerbsmäßiger Unzucht hatte sich ein verheirateter Zeuge geweigert, eidlich darüber auszusagen, ob er mit einer der angeklagten Frauen den Beischlaf vollzogen habe. Die Untergerichte hatten die Weigerung für ungerechtfertigt erklärt.
4) § 13 der VO v. 3.1.1849.

vor der Alternative von Aussage oder Meineid stehe, wurde ihm ein Aussageverweigerungsrecht für die betreffende Frage zuerkannt, obwohl die Kriminalordnung eine derartige Bestimmung nicht kannte [1]. Schon in der nach dieser Entscheidung enstandenen gleichlautenden ständigen Rechtsprechung des Obertribunals [2] tauchte der Gedanke der zutreffenden Wahrheitsermittlung nicht mehr auf; im Vordergrund stand allein der Schutz des Betroffenen. Die mit dieser Entwicklung verbundene Rechtsfortbildung praeter legem wurde schließlich in § 155 Abs. 3 der Preußischen Strafprozeßordnung von 1867 sanktioniert [3]. So wurden, etwa gleichzeitig mit der Überwindung der gesetzlichen Beweistheorie [4] und dem Aufkommen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung [5], Auskunftsverweigerungsrechte verschiedenen Umfangs im Laufe weniger Jahrzehnte in den deutschen Staaten eingeführt [6]. Schon § 156 der Badischen Strafprozeßordnung von 1845 [7] traf eine sehr weitgehende Regelung, wonach der Zeuge die Aussage auf alle Fragen verweigern

---

1) Darauf hatte das Pr.Ob.Trib. ausdrücklich hingewiesen (GA 2, 414).
2) Vgl.GA 4, 377; 8, 544 (545); 9, 57 (58); 10, 127 (128); die Entscheidung in Oppenhof Rspr. 8,340 f. steht dem nicht entgegen, da sie nur die Verweigerung der Gesamtaussage mit der Behauptung, eine Aussage werde Anklagematerial geben, als unzulässig ablehnt; die Entscheidung in GA 4, 681 erging noch zum gemeinen Recht.
3) § 155 Abs. 3 StPO Preußen lautet: "Sie (sc.die Zeugnispflicht) begreift nicht die Offenbarung solcher Umstände, welche den Zeugen selbst als strafbar erscheinen lassen." - So schon § 166 Abs. 3 Entwurf StPO Preußen 1865.
4) Glaser, Hdb. I S. 173; Zachariae II S. 407 f.
5) Vgl. hierzu Küper S. 214 ff.
6) Zur Partikulargesetzgebung gibt Binding, Grundriß S. 22 ff. einen guten Überblick.
7) Die Einteilung in untaugliche und verdächtige Zeugen war in § 255 beibehalten worden.

konnte, bei denen "er zu seiner Schande, oder zur Schande einer noch nicht in Untersuchung [1] stehenden Person aussagen müßte", zu der er in einem nahen Verwandtschaftsverhältnis steht [2]. Fast gleichlautende Bestimmungen enthielten die Strafprozeßordnungen von Oldenburg (1857) [3], Thüringen (1850) [4], Anhalt-Dessau und Anhalt-Köthen (1850) [5], Hamburg (1869) [6], Bremen (1870) [7], Kurfürstentum Hessen (1863) [8], Lübeck (1862) [9] und Sachsen (1868) [10].
Die Strafprozeßordnung von Württemberg (1868) [11] gewährte ein Verweigerungsrecht, wenn die Aussage die Gefahr der Bestrafung oder unmittelbarer schwerer Vermögensnachteile verursachte [12]. Die Straf-

---

1) Eine nach Sundelin AllgDStrZ 1863, 133 (148) unerfindliche Einschränkung.
2) Ebenso § 107 StPO Baden (1864).
3) Art. 107 § 2.
4) Art. 177 Abs. 1.
5) Art. 177 Abs. 1 - bei den Strafprozeßordnungen von Thüringen und Anhalt handelt es sich um die sog. thüringische StPO; vgl. zu ihrem Geltungsbereich Binding aaO S. 25.
6) § 172 Abs. 1.
7) § 184 Abs. 1.
8) § 40 Nr. 5 Gesetz das Strafverfahren betreffend v. 28.10.1963 (Samml.Hess. 16, 124 ff.); die Zeugnisverweigerung wurde nur bei einer zur Schande des Zeugen gereichenden Antwort gewährt.
9) § 87 Abs. 3.
10) Art. 222 Abs.5; nach Art. 222 Abs. 6 sollte der Zeuge, wenn er das Zeugnis wegen eines unmittelbaren und bedeutenden Vermögensnachteils verweigerte, nur in besonders wichtigen Fällen dazu angehalten werden.
Die Motive S. 37 f. (= Hahn, Materialien StPO I S. 101 f.) erwähnen erstaunlicherweise Art.222 StPO Sachsen in der Zusammenstellung der Partikularrechte überhaupt nicht. Karitzky S. 61 Fußn. 14, die für Sachsen das Bestehen eines Aussageverweigerungsrechtes bei der Gefahr der Selbstbeschuldigung verneint, übersieht Art. 222 Abs. 5, obwohl Beling, Beweisverbote S. 12 und Zachariae II S. 195 Fußn. 34 auf diese Vorschrift hingewiesen haben.
11) Art. 145 Abs. 1.
12) Die StPO Württemberg von 1843 kannte ein derartiges Recht noch nicht und hielt an der überkommenen Einteilung fest.

prozeßordnung Preußens (1867) [1,2] und der Entwurf eines bayerischen Strafprozeßgesetzbuches (1870) [3] beschränkten das Aussageverweigerungsrecht auf den Fall der Selbstbeschuldigung des Zeugen.

Im Großherzogtum Hessen [4] konnte der Zeuge die Antwort auf alle Fragen ablehnen, die ihm oder einem Angehörigen "erheblichen Nachteil an Ehre oder Vermögen bringen werden" [5].

In Hannover [6] war die Frage in der revidierten Strafprozeßordnung (1859) nicht bei den Zeugnisverweigerungsrechten, sondern wie im Großherzogtum Hessen bei den Vorschriften über die Art und Weise der Vernehmung geregelt. § 101 Abs. 1 StPO gestattete dem Zeugen, die Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen abzulehnen, wenn aus ihnen selbst erhellte, daß eine bejahende oder verneinende Antwort ihm oder Angehörigen zur Schande gereichen oder unmittelbaren Schaden zur Folge haben müßte.

In Braunschweig verblieb es sogar bei der gemeinrechtlichen Regelung [7], ebenso in Mecklenburg, wo

---

1) § 155 Abs. 3.
2) Sie galt nur für die seit 1866 mit Preußen verbundenen Provinzen.
3) Art. 151 Nr. 4, dessen Fassung, "Die Pflicht zur Zeugschaftsleistung begreift nicht die Offenbarung solcher Umstände in sich...", für ein Schweigerecht sprechen könnte.
4) StPO (1865) Art. 142 Abs. 2.
5) Es trifft daher nicht zu, wenn Karitzky S. 61 Fußn.14 meint, die hessische StPO regele die Frage nicht, da auch die kurhessische StPO in § 40 Nr. 5 eine derartige Bestimmung kennt - vgl. S.16 Fußn. 8 des Textes.
6) Die StPO Hannover - das gleiche gilt für das Kurfürstentum Hessen - galt nur bis zur Vereinigung des Landes mit Preußen durch das preußische Gesetz v. 20.9.1866 (Ges.-S.1866, S. 555).
7) StPO (1858) § 58 Abs. 1: "Es bleibt bei den bestehenden Bestimmungen über die Zulässigkeit der Beweismittel in Strafsachen." Vgl. auch Glaser, Hdb. I S. 502 Fußn. 11; Motive StPO S.40 (Hahn, Materialien StPO I S. 104).

ein Zwang zum Ablegen des Zeugnisses bestand [1]. Das rechtswissenschaftliche Schrifttum der damaligen Zeit mag Aussagen, die zu einer Selbstbezichtigung führen mußten, als Gefahr für die Wahrheitsfindung angesehen haben [2]. Entscheidend war aber, daß niemand, auch nicht ein Zeuge, durch Drohungen mit Zwang in die Versuchung geführt werden sollte, zwischen Meineid und Aussage wählen zu müssen [3].

Die Reichsstrafprozeßordnung von 1877 [4] führte in § 54 StPO dann ebenfalls das Auskunftsverweigerungsrecht auf Fragen ein, die dem Zeugen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung [5] zuziehen würde [6], da dies "das notwendige Korrelat des Grundsatzes sei, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe" [7]. Während die

---

1) Boehlau S.179: Nur die Berufung auf das Beichtsiegel und das Amtsgeheimnis ging der Aussagepflicht vor.
2) Sundelin Allg.DStrZ 1863,133 (144 f.); die von Karitzky S.62 Fußn.17 angeführten Belegstellen sind unergiebig; vgl. auch Goltdammer GA 10,820 (824).
3) Goltdammer aaO S.825; Karitzky S.62; Sundelin aaO Sp. 147.
4) Reichsstrafprozeßordnung v.1.2.1877 (RGBl.S.253).
5) Die Redaktionskommission hatte den Wortlaut des Entwurfs ("Gefahr der Strafverfolgung") in "Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung" abgeändert; vgl.Hahn, Materialien StPO II S. 1482. Goldschmidt hat dieses Vorgehen der Redaktionskommission als eine Eigenmächtigkeit bezeichnet (DJZ 1925, 328).
6) § 54 StPO a.F.lautete: "Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 51 Nr.1-3 bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde."
7) Motive S.45 (Hahn, Materialien StPO I S.108): "Die Bestimmung, daß kein Zeuge eine Auskunft zu geben brauche, durch welche er sich selbst einer strafbaren Handlung beschuldigen würde, ist das nothwendige Korrelat des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe. Es ist aber ferner ebenso ein Gebot der Gerechtigkeit wie der Folgerichtigkeit, daß auch die Befreiung von dem Zeugniß gegen einen nahen Angehörigen sich nicht erst dann wirksam zeige, wenn letzterer schon in Untersuchung befangen ist, sondern auch schon dann, wenn erst durch den Inhalt des verlangten Zeugnisses eine Strafverfolgung gegen denselben herbeigeführt werden würde."

Ausdehnung auf Aussagen zu Lasten naher Angehöriger als gerecht und folgerichtig [1] angesehen wurde, berücksichtigte man das Auskunftsverweigerungsrecht wegen Schande oder Unehre nicht, da die Begriffe zu unbestimmt seien [2] und man durch eine derartige Ausdehnung den Verlust wichtiger Beweismittel und somit Gefahren für die Strafrechtspflege fürchtete [3].

Die Kritik an der Vorschrift ist nie verstummt [4]. Die schon sehr bald einsetzenden Reformarbeiten zur Schaffung einer neuen Strafprozeßordnung [5], die niemals verwirklicht wurden, bezogen sich zum Teil auch auf das Auskunftsverweigerungsrecht [5],

---

1) Motive aaO.
2) Motive aaO; Protokolle der 1.Lesung der Kommission bei Hahn aaO S. 590 ff.
3) Motive aaO: "Wenn einzelne Gesetzgebungen noch weiter gehen und die Verweigerung einer Auskunft schon dann gestatten, wenn Jemand zu seiner eigenen oder eines nahen Angehörigen Schande aussagen müßte, so konnte der Entwurf sich dem nicht anschließen, da eine derartige Bestimmung häufig und gerade bei schweren Verbrechen den Verlust wichtiger Beweismittel herbeiführen und die Aufgaben der Strafrechtspflege, die hier mit der Civilrechtspflege nicht auf gleiche Linie gestellt werden kann, ernstlich gefährden würde. Überdies ist der Begriff Schande ein so dehnbarer, daß er einer willkürlichen Auffassung jedes einzelnen Zeugen Raum giebt und der Richter außer Stande ist, hier ein objektives Ermessen eintreten zu lassen, weil dies ja die Kenntnis der Umstände voraussetzen würde, welche der Zeuge gerade verschweigen will."
4) Vgl.z.B.Stern GS 63,205 ff.;Goldschmidt DJZ 1925, 328 f.; neuerdings Geerds, Studien S. 171 ff.
5) Vgl.Protokolle Reichsjustizkommission I,34 ff., 244 f., II 210; Entwürfe 1909,1919,1922,1923, 1936,1939;Töwe.
6) Die §§ 55 Abs.3,59 Nr.3 E 1909, §§ 71 Abs.1,79 Nr.3 E 1919 sahen vor, daß Fragen, die dem Zeugen oder einem seiner Angehörigen zur Unehre gereichen würden, nur dann gestellt werden sollten, wenn es nach Ansicht des Gerichts unerläßlich ist, und daß jeder Zeuge hinsichtlich der Auskunft auf Fragen, deren Beantwortung ihm oder einem nahen Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung hätte zuziehen oder zur Unehre hätte gereichen können, unvereidigt bleiben kann.

dessen Umfang aber zu keiner Zeit erweitert werden sollte.

Erst durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 [1] wurde in Absatz 2 die Belehrungspflicht eingeführt [2]. Durch Art. 2 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968 [3] wurden in Absatz 1 die Worte "die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung" durch die Worte "die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden" ersetzt, so daß die Vorschrift des § 55 StPO heute folgenden Wortlaut hat: [4]

> (1) Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.
>
> (2) Jeder Zeuge ist über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft zu belehren.

---

1) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts -Art.3 Nr.19 (BGBl.1949/50 S.455).

2) Der Entwurf der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache I/530) sah noch keine Belehrung vor. Der Absatz 2 wurde erst im Rechtsausschuß eingefügt (Ausschußbericht Art.3 Nr.17a - Bundestagsdrucksache I/1138).

3) BGBl. I S. 503.

4) Dem § 55 StPO entspricht im Zivilprozeßrecht § 384 ZPO: "Das Zeugnis kann verweigert werden:
   1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu der er in einem der im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;
   2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem seiner im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Angehörigen zur Unehre gereichen oder die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden;
   3. über Fragen, die der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.

C. Ausländische Rechte

I. Österreich

Die österreichische Strafprozeßordnung vom 23.5.1873 [1] kennt eine dem § 55 StPO verwandte Vorschrift. § 153 öStPO lautet nämlich:

> "Wenn die Ablegung des Zeugnisses oder die Beantwortung einer Frage für den Zeugen einen unmittelbaren und bedeutenden Vermögensnachteil nach sich ziehen oder ihm selbst oder einem seiner Angehörigen (§ 152 Abs.1 Ziff.1) Schande bringen würde, und er deshalb das Zeugnis verweigert, so soll er nur in besonders wichtigen Fällen zum Zeugnis verhalten werden." [2]

Obwohl nach dem Gesetzeswortlaut nur eine Befreiung vom Zeugniszwang vorliegt, wird § 153 öStPO in der Praxis als Fall einer Zeugnisbefreiung gedeutet [3].

Auf Grund der weiten Fassung des Gesetzes entfällt § 153 öStPO weder bei einer Disziplinarverfolgung [4] noch bei einer Auskunft über entehrende oder an sich strafbare Handlungen eines inzwischen verstorbenen oder zur Begehungszeit noch nicht strafmündigen Angehörigen [5]; auch die Verjährung der strafbaren Handlung schließt § 153 öStPO nicht aus [5]. Denn alle diese Aussagen können immer noch zur Schande gereichen: Sie sind geeignet, den Zeugen "in der öffentlichen Meinung bloßzustellen" [6].

Eine Belehrungspflicht des Gerichts erkennen

---

1) idF der Kundmachung v. 20.4.1960 (29. Stück des BGBl., Jahrgang 1960, ausgegeben am 12.5.1960, BGBl. Nr. 98).
2) Der Wortlaut der Vorschrift ist seit 1873 unverändert.
3) Nach Lohsing-Serini S. 189 ergibt sich dies schon aus der Stellung des § 153 öStPO im System der Prozeßordnung (im XIII. Hauptstück - Von der Vernehmung der Zeugen).
4) Mayer § 153 Anm. 5.
5) Mayer aaO Anm. 6.
6) Mayer aaO Anm. 20, 21.

Rechtsprechung und Rechtslehre nicht an [1], da dies nicht im Gesetz vorgeschrieben ist [2].
Ob ein gesetzlicher Verweigerungsgrund vorliegt, muß der Zeuge notfalls glaubwürdig bescheinigen. Da man aber anerkennt, daß der Zeuge den Grund der Verweigerung nicht angeben könne, ohne gerade das offenbaren zu müssen, was er verschweigen darf [3], wird der Eid als ausreichend angesehen, daß das Zeugnis die in § 153 öStPO bezeichneten Folgen haben würde [4].
Das Gericht entscheidet über die Berechtigung der Verweigerung, also darüber, ob auf Grund der Umstände des Falles und des Beweisergebnisses die begründete Annahme einer wirklichen Gefahr besteht [5]. Die Beurteilung ergibt sich meistens schon aus dem Inhalt der Frage selbst [6].
Der Zeuge muß sich auf § 153 öStPO berufen [7], er darf nicht einfach falsch aussagen, wenn er eine belastende Aussage machen müßte.
Ob das Verweigerungsrecht beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 153 öStPO aber tatsächlich

---

1) KH.XVII, 4169 und XX, 4538; SSt.X, 1 und X,14; Lohsing-Serini S. 289; Roeder, Lb. S.152; Tlapek-Serini § 153 Anm. 1 c.
2) Dagegen ist der Beschuldigte nach § 3 öStPO, auch wenn es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, von den Strafverfolgungsorganen über seine Rechte zu belehren.
3) Vgl. Lohsing-Serini aaO; Mayer § 153 Anm. 23.
4) Mayer aaO.
5) Mayer aaO Anm. 24; KH. XVII, 4207 hat darauf abgestellt, ob die wahrheitsgemäße Aussage zur Beschuldigung wegen einer strafbaren Handlung geführt hätte; so auch SSt.X,14.
6) Mayer aaO Anm. 24; Mitterbacher S. 261 Fußn. mit Hinweis auf die Gesetzesberatungen, wo dies gegen die Schwierigkeiten eingewandt wurde, die bei der Abgrenzung entstünden, was noch zur Schande gereiche.
7) KH.XX, 4538; OGH EvBl. 1955. 97; Lohsing-Serini aaO; Tlapek-Serini § 153 Anm. 1 b.

gewährt wird, steht im Ermessen des Richters, da das Gesetz in wichtigen Fällen eine Vernehmung des Zeugen ja gerade doch zuläßt [1]. Rechtsprechung und Schrifttum Österreichs sehen weder in dem unserem § 52 StPO entsprechenden § 152 Abs. 1 Ziff. 1 öStPO [2] noch in dem § 153 öStPO [3] ein Privileg des Angeklagten. Die Folgerungen, die bei einer Verletzung des § 153 öStPO für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde [4] gezogen werden, sind je nach Art der Verletzung verschieden. Wird dem Zeugen das Recht aus § 153 öStPO verweigert, so leitet man daraus keinen Nichtigkeitsgrund her, weil die Vorschrift ausschließlich den Zeugen und nicht den Angeklagten begünstige. Die Prozeßparteien seien nicht beeinträchtigt, wenn die Begünstigung nicht in Anspruch genommen oder wenn sie dem Zeugen vom Gericht verweigert werde [5]; die Parteien dürften ja auch die Rechtswohltat des § 153 öStPO nicht für den Zeugen in Anspruch nehmen und sich über deren Verweigerung beschweren [6]. Umstritten ist aber, ob der Angeklagte seine Beschwerde erfolgreich damit begründen kann, daß das Verweigerungsrecht dem Zeugen vom Gericht zugestanden wurde. Zum Teil wird dies bejaht, wenn das Entschlagungsrecht zu Unrecht gewährt wurde und dem Angeklagten durch die Zeugnisverweigerung ein erhebliches

---

1) KH XX, 4590; Roeder, Lb. S. 152; Tlapek-Serini aaO; etwas einschränkend wohl Lohsing-Serini aaO.
2) KH V, 2788; SSt. XXVIII, 4; Tlapek-Serini § 152 Anm. 2; es handelt sich bei § 152 öStPO um ein Privileg der Angehörigen, die vor Gewissensbissen bewahrt werden sollen.
3) KH X, 3479; XII, 3671; XX, 4582; Mayer § 153 Anm. 34; Tlapek-Serini § 153 Anm. 1b.
4) Ein etwa unserer Revision vergleichbares Rechtsmittel im österreichischen Strafprozeß.
5) KH X, 3479; XII, 3671; XX, 4582; Lohsing-Serini S. 290; Roeder, Lb. S. 152 Fußn. 3.
6) KH X, 3479; XX, 4582.

Beweismittel entgangen ist [1].

II. Schweiz

In der Schweiz enthalten die Strafprozeßordnungen einzelner Kantone und des Bundes Bestimmungen, die dem Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO entsprechen [2]. Indessen stimmen diese Vorschriften nicht überein [3].

Einzelne Prozeßordnungen kennen überhaupt kein "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung", obwohl sie Zeugnisverweigerungsrechte auf Grund des Angehörigenverhältnisses eingeführt haben. So fehlt eine derartige Bestimmung in den Halbkantonen Appenzell-Außerrhoden [4] und Appenzell-Innerrhoden [5] sowie in den Kantonen Glarus [6], Neuenburg [7], Sankt Gallen [8], Thurgau [9] und

---

1) KH.X, 3479; Lohsing-Serini aaO; so auch noch Roeder, System S. 195 Fußn. 3; a.A. aber KH. XII, 3671, wonach die Prozeßparteien überhaupt nicht befugt sind, aus der Gewährung oder Verweigerung dieser Begünstigung einen Nichtigkeitsgrund abzuleiten; jetzt auch Roeder, Lb. aaO.

2) Im Folgenden abgekürzt als "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung" bezeichnet, ohne damit zum Umfang oder zur rechtlichen Einordnung Stellung nehmen zu wollen. - Die Strafprozeßordnungen von Freiburg, Glarus, Thurgau, Unterwalden (Nid- und Obwalden) und Schaffhausen haben nicht vorgelegen.

3) Das beruht darauf, daß der Bund nur für einen Teil des Strafrechts bundeseinheitliche Strafbestimmungen geschaffen hat, während Hauptteile des schweizerischen Strafrechts noch kantonalrechtlich geregelt sind; vgl. Lienhart, Bundesstrafprozeß S.3.

4) Strafprozeßordnung (StPO) für den Kanton Appenzell A.Rh.vom 26.4.1914 (Zeugnisverweigerungsrecht in Art. 66).

5) Strafprozeß-Ordnung für den Kanton Appenzell I.-Rh. vom 27.4.1941 (Zeugnisverweigerungsrecht in Art. 33 Abs. 3).

6) Strafprozeßordnung des Kantons Glarus vom 4.5. 1940 (zitiert nach Streiff S. 171 f.).

7) Code de procédure pénale neuchatelois vom 19.4. 1945 (Zeugnisverweigerungsrecht in Art.146 f.).

8) Gesetz über die Strafrechtspflege vom 30.6.1954 (Zeugnisverweigerungsrecht in Art. 68 f.).

9) Zitiert nach Lienhart, Strafprozeß Thurgau S. 32 f.

Waadt [1].

Der jeweilige Umfang des "Zeugnisverweigerungsrechts wegen Selbstbezichtigung" ist in den einzelnen Strafprozeßordnungen, die ein derartiges Recht kennen, sehr verschieden. So besteht das "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung" in den Kantonen Basel-Landschaft [2], Basel-Stadt [3], Graubünden [4], Schwyz [5], Tessin [6], Uri [7] und Zürich [8] nur dann, wenn die Aussage zur "strafrechtlichen Verfolgung" des Zeugen oder naher Angehöriger führen würde.
Die Strafprozeßordnungen von Genf [9], Solothurn [10] und Wallis [11,12] gewähren das Verweigerungsrecht demgegenüber nicht nur bei der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, sondern auch dann, wenn

---

1) Code de procédure pénale vom 3.9.1940 idF vom 31.7.1951 (Zeugnisverweigerungsrecht in Art. 225 f.).
2) Gesetz betreffend das Strafverfahren vom 30.10. 1941 - § 66 Nr. 2.
3) Strafprozeßordnung vom 15.10.1931 - § 40.
4) Gesetz über die Strafrechtspflege v. 8.6.1958 - Art. 90 Abs. 2.
5) Gesetz über den Strafprozeß im Kanton Schwyz v.10.12.1956 - § 93.
6) Codice di procedura penale v.10.7.1941 - Art.77.
7) Strafprozeßordnung für den Kanton Uri v.8.6. 1959 - § 38 lit.c.
8) Gesetz betreffend den Strafprozeß (Strafprozeßordnung) v. 4.5.1919 - § 131.
9) Code de procédure pénale de la Republique et du canton de Genève v. 7.12.1940 idF v. 1.4.1959 - Art. 293.
10) Strafprozeßordnung für den Kanton Solothurn v. 25.10.1885 idF v. 2.5.1926 - § 169.
11) Strafprozeßordnung des Kantons Wallis v. 22.2.1962 - Art. 86.
12) Das Gesetzbuch über die peinliche Gerichtsordnung des Kantons Wallis v. 24.1.1848 wurde erst durch Art. 245 Nr. 1 der StPO von 1962 aufgehoben. In der peinlichen Gerichtsordnung entsprach die Regelung des Zeugenbeweises der gemeinrechtlichen Regelung in Deutschland.

die Aussage eine schwere Benachteiligung für die Ehre wäre [1,2] oder zur Schande gereichen könnte [3,4].

Noch weiter gehen die Verfahrensrechte der Kantone Aargau [5], Luzern [6] und Schaffhausen [7], die neben der strafrechtlichen Verfolgung auch schwere Benachteiligungen der Ehre und des Vermögens als Rechtfertigungsgründe für das "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung" kennen [8]. Zu dieser Gruppe wird man auch die Prozeßordnung von Bern [9] rechnen müssen, nach der das Verweigerungsrecht dann gegeben ist, wenn die Aussage der Ehre des Zeugen nachteilig sein oder ihn oder nahe Angehörige zivilrechtlich oder strafrechtlich verantwortlich machen würde [10].

Eine etwas abweichende Regelung gilt im Kanton

---

1) Code de procédure pénale de la Republique et du canton de Genève v.7.12.1940 idF v.1.4.1959 - Art. 293.
2) Strafprozeßordnung des Kantons Wallis v.22.2. 1962 - Art. 86.
3) Strafprozeßordnung für den Kanton Solothurn v. 25.10.1885 idF v.2.5.1926 - § 169.
4) Nach Clerc S.88 soll auch im Kanton Freiburg eine derartige Regelung bestehen.
5) Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozeßordnung) v. 11.11.1958 - § 99.
6) Gesetz über die Strafprozeßordnung des Kantons Luzern v.3.6.1957 - § 95 Abs. 1.
7) Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen v.3.3.1909 - Art. 142 Abs. 1, nach dem als Gründe anerkannt werden: erhebliche Nachteile an Vermögen oder Ehre des Zeugen und strafrechtliche Verfolgung naher Angehöriger (zitiert nach Bohn S.155). Die Vorschrift entspricht Art. 87 MStGO, der dahin verstanden wird, daß strafbare Handlungen immer die Ehre beeinträchtigen; vgl. Haefliger Art. 87 Anm. 2.
8) Die Ausdehnung des Schutzes auf Vermögensnachteile ist auf Kritik gestoßen. So geht der Schutz nach Stalder S. 41 f. zu sehr zu Lasten der Rechtspflege; nach Neumann S. 133 ist es bedenklich, daß schon Nachteile ausreichen; vgl. auch Pfenninger, Zeugnisrecht S.178 Fußn.31.
9) Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern v.20.5.1928 idF v.10.2.1952 - Art.141 Nr. 2.
10) Pfenninger,Zeugnisrecht S.178 Fußn.31 setzt die zivilrechtliche Verantwortlichkeit den Vermögensnachteilen gleich, während Stalder S.41 unter zivilrechtlicher Verantwortlichkeit nur die Begründung eines Anspruches gegen den Zeugen verstehen will.

Zug. Dort gewährt die Strafprozeßordnung dem Zeugen ein Verweigerungsrecht, wenn die an ihn gestellten Fragen seiner Ehre nachteilig sind oder ihn persönlich verantwortlich machen würden [1]. Während im Strafprozeßrecht des Bundes der Zeuge die Beantwortung von Fragen ablehnen darf, die ihn oder Angehörige strafrechtlicher Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen können [2], geht die Regelung der Militärstrafgerichtsordnung darüber hinaus [3], da sie das Verweigerungsrecht gewährt, wenn die Aussage dem Zeugen zum eigenen Nachteil an Vermögen oder Ehre [4] gereichen oder einen Angehörigen der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde.

Die Formulierungen des Zeugnisverweigerungsrechtes hinsichtlich der Bezichtigung mit einer strafbaren Handlung sind sehr unterschiedlich. So wird es gewährt wegen der Möglichkeit einer "strafrechtlichen Verfolgung" [5], einer "Strafverfolgung" [6], wenn die Aussage dem Zeugen oder Angehörigen "Strafe zuziehen könnte" [7] oder wenn sie "strafrechtlich verantwortlich" [8] oder sogar allgemeiner "persönlich verantwortlich" [9] machen würde.

---

1) Strafprozeßordnung für den Kanton Zug v.10.10. 1940 - § 29 Nr. 3.
2) Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege v. 15.6.1934 idF v. 16.12.1943 - Art. 79.
3) Militärstrafgerichtsordnung v. 28.6.1889 idF v.21.12.1950 - Art. 87.
4) In der Aussage des Zeugen über eine eigene strafbare Handlung ist immer eine Beeinträchtigung seiner Ehre zu sehen; Haefliger Art. 87 Anm. 2.
5) MStGO Art. 87; BStPO Art. 79; Aargau § 99; Genf Art. 293; Graubünden Art. 90 Abs.2; Schwyz Art. 93; Tessin Art. 77.
6) Basel-Landschaft § 66 Ziff. 2; Basel-Stadt § 40; Luzern § 95 Abs. 1; Uri § 38 lit.c.
7) Solothurn § 169.
8) Bern § 141 Ziff. 2.
9) Zug § 29 Ziff. 3.

Trotz dieser uneinheitlichen Fassungen könnten die Bestimmungen jedoch alle dasselbe besagen: Der Zeuge soll sich oder nahe Angehörige in allen denjenigen Fällen nicht belasten müssen, in denen eine Äußerung von ihm zu einer Strafe führen könnte, ohne daß dies nur auf Kriminalstrafe zu beziehen wäre [1]. Wird von den Strafprozeßordnungen aber darauf abgestellt, daß der Zeuge sich "strafrechtlich" oder "persönlich"verantwortlich" machen würde, dann reicht es wohl kaum aus, daß auf Grund unglücklicher Zusammenhänge nur die Einleitung eines Strafverfahrens droht, ohne daß der Zeuge oder sein Angehöriger überhaupt eine strafbare Handlung begangen hat [2]. Neumann vertritt demgegenüber eine differenziertere Auffassung [3]. Danach weicht der Begriff der "strafrechtlichen Verfolgung" nicht von dem der "strafgerichtlichen Verfolgung" in § 55 StPO ab. "Strafrechtliche Verfolgung" kann nach ihm nichts anderes bedeuten als Verfolgung auf Grund des Strafrechts, einem Verfahren, welches den ordentlichen Strafgerichten übertragen sei [4]. Ein Verweigerungsrecht, das Schutz vor einer "Strafverfolgung" biete, umfasse aber - entsprechend dem Entwurf zur deutschen Strafprozeßordnung [5] - alle gerichtlichen und nicht gerichtlichen Strafverfolgungen [6].

---

1) So wohl Suter S. 57; vgl. auch Stalder S. 45, für den entscheidend ist, daß der Zeuge oder Angehörige sich eine Strafe zuziehen könnte.
2) Stalder S. 46.
3) S. 131 f.
4) Hierzu müßte man dann aber auch den Fall rechnen, daß sich der Zeuge oder sein Angehöriger "strafrechtlich verantwortlich" machen würde.
5) Vgl. oben S. 18 Fußn. 4 des Textes.
6) In diese Gruppe gehören die Fälle, in denen die Aussage dem Zeugen oder seinem Angehörigen "Strafe zuziehen" oder sie "persönlich verantwortlich" machen würde.

Durch die Hereinnahme der Ehrverletzung als Weigerungsgrund wird in einzelnen Kantonen der sachliche Geltungsbereich des Verweigerungsrechtes erheblich erweitert. Denn, wenn zum Beispiel der zu belastende Angehörige zur Tatzeit noch nicht deliktsfähig war oder wenn Strafaufhebungsgründe vorliegen, dann kann man zwar nicht mehr von einer strafrechtlichen Verfolgung reden; eine schwere Beeinträchtigung der Ehre wird aber immer zu bejahen sein [1].

Bemerkenswert ist, daß einzelne Prozeßordnungen die Verweigerung der Aussage zulassen [2], während ansonsten auf die an den Zeugen gestellten einzelnen Fragen abgestellt wird [3]. Dieser voneinander abweichende Wortlaut kennzeichnet den unterschiedlich weiten Umfang der Verweigerungsrechte. Diejenigen Strafprozeßordnungen, die die Verweigerung der Aussage zulassen, geben dem Zeugen ein unbeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht; er braucht überhaupt nicht auszusagen, wenn die Aussage zu den im Gesetz genannten Folgen führte [4]. Die übrigen "Zeugnisverweigerungsrechte wegen Selbstbezichtigung" sind dagegen in ihrem Umfang beschränkt; der Zeuge kann nur die Beantwortung einzelner belastender Fragen ablehnen.

Über den Rechtfertigungsgrund des "Zeugnisverweigerungsrechts wegen Selbstbezichtigung" besteht keine Einigkeit. Zum Teil wird neben dem

---

1) Suter S. 58; vgl. auch Haefliger Art. 87 Anm.2.
2) Solothurn § 169; Wallis Art. 86; MStGO Art. 87; Pfenninger, Zeugnisrecht, S. 178 Fußn. 31 hält dies für zu weitgehend.
3) Aargau § 99; Basel-Landschaft § 66 Ziff.2; Basel-Stadt § 40; Genf Art. 293; Graubünden Art.90 Abs. 2; Luzern § 95 Abs. 1; Schwyz § 93; Tessin Art. 77; Uri § 38 lit.c; Zürich § 131; BStPO Art. 79; hierzu wird man auch Zug § 29 Ziff.3 und Bern Art. 141 Ziff.2 rechnen müssen, die eine Verweigerung der"Aussage über die an sie gestellten Fragen" zulassen.
4) Haefliger Art. 87 Anm. 1,2.

Schutz der Persönlichkeit des Zeugen auf die Interessen der Rechtspflege hingewiesen [1], während andere Autoren allein den Schutz des Zeugen als ausschlaggebend ansehen [2].

Ebenfalls umstritten ist die Frage, ob der Zeuge sich nur dann auf sein Verweigerungsrecht berufen kann, wenn eine wahrheitsgemäße Aussage zu seiner Belastung oder der eines Angehörigen führen würde. Einige Schweizer Autoren verlangen wohl eine wahrheitsgemäße Aussage, die der Zeuge hätte machen müssen. Wenn auch dieses Problem nicht ausdrücklich erörtert wird, so ergibt sich diese Ansicht jedoch aus einigen Fundstellen, in denen von der "wahrheitsgemäßen Aussage", die zur Selbstbezichtigung führen würde [3], gesprochen wird. Aber auch die Gegenauffassung, nach der es allein auf die Fragestellung ankommt, wird vertreten [4]. Der Zeuge kann nach dieser Meinung die Antwort schon dann verweigern, wenn ihm auch nur die Bejahung der gestellten Frage zum schweren Nachteil gereichen würde, nicht aber deren wahrheitsgemäße Verneinung [5,6].

---

1) Stalder S. 40 f.
2) Suter S.33 f., 54 f.; Waiblinger Art.141 Anm.1.
3) Stalder S.46; wohl auch Neumann S.136 f. und Suter S. 59.
4) Real S. 165 ff.
5) Real S. 165.
6) Die StPO Aargau (a.F.) bestimmte beispielsweise in § 225: "Kein Zeuge ist zur Beantwortung von Fragen verpflichtet, deren Bejahung ihm oder den in § 223 genannten Personen zur Schande gereichen würde." - Der bescholtene Zeuge, der die Frage: "Sind sie unbescholten?" wahrheitsgemäß hätte verneinen müssen, konnte sich nach dem Wortlaut des § 225 StPO Aargau (a.F.) nicht auf diese Bestimmung berufen. Real aaO sieht diesen Fall, wenn er im Hinblick auf die alte außer Kraft gesetzte StPO schreibt: "Bisher konnte ein Zeuge die Aussage nur verweigern, wenn die Bejahung einer Frage zur Schande gereichte. Das bedeutet, daß ausgesagt werden mußte, wenn der Zeuge die Frage wahrheitsgemäß verneinen konnte.

Einzelne Prozeßordnungen verlangen, daß der Zeuge das Vorhandensein des Weigerungsgrundes glaubhaft macht [1]. Hierzu ist kein strikter Beweis erforderlich; vielmehr reicht ein Wahrscheinlichkeitsbeweis aus, an den nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen, um den Schutz des Gesetzes nicht zu entwerten [2].
Aber auch für die Prozeßordnungen, in denen eine Glaubhaftmachung nicht ausdrücklich gefordert wird, hält man diese für erforderlich, da das Gericht sich nicht einfach mit der Behauptung des Zeugen vom Vorliegen des Weigerungsgrundes begnügen dürfe. Besteht aber schon die geringe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Zeugenbehauptung, dann darf die Beweiserhebung nicht fortgesetzt werden [3].

Zwar schreiben die meisten Prozeßordnungen der Schweiz eine Belehrung vor [4,5], ungeklärt ist aber, wann der Zeuge auf sein Recht hinzuweisen ist. So meint man, der Richter müsse dann belehren,

---

1) Basel-Stadt § 38 Abs. 2; Bern Art. 141 Ziff.2; Tessin Art. 78; MStGO Art. 87 Abs. 2.
2) Vgl. Haefliger Art. 87 Anm. 3.
3) Vgl. Suter S. 61 für die BStPO und Stalder S. 43 f. für die StPO Bern.
4) Aargau § 100 Abs.1; Basel-Landschaft § 67 Abs. 1; Basel-Stadt § 44 Abs. 1; Bern Art.141 Abs.3; Graubünden § 90 Abs. 4; Uri § 39 Abs.1; Wallis Art. 90 Ziff. 2 Abs. 1; Zürich § 132 Abs.1; BStPO Art. 76 Abs.1; MStGO Art. 87 Abs.3 iVm Art.86 Abs. 3. - Bei allen diesen Prozeßordnungen steht die Belehrungsvorschrift vor oder hinter allen Verweigerungsrechten, bezieht sich also sowohl auf die unbeschränkten wie auf die beschränkten Verweigerungsrechte; es wird also auch über das "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung" belehrt.
Demgegenüber steht die Belehrungsvorschrift in Luzern (§ 94 Abs.1) und Schwyz (§ 92 Abs.1) nach den allgemeinen Zeugnisverweigerungsrechten und vor dem "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung", so daß dieses wohl nicht erfaßt wird. In Solothurn besteht die Belehrungspflicht ausdrücklich nur für das unbeschränkte Zeugnisverweigerungsrecht (§ 168) - § 171.
5) Pfenninger hält eine Belehrung auch dann für durchaus am Platze, wenn sie nicht vorgeschrieben ist. Zeugnisrecht S. 178 Fußn. 31.

wenn seiner Ansicht nach die im Gesetz umschriebenen nachteiligen Folgen eintreten könnten [1]. Andere Autoren fordern demgegenüber eine Belehrung vor Beginn der Zeugenaussage [2]. Begründet wird dies mit der möglichen Rechtsunkenntnis des Zeugen; die Ermahnung zur Wahrheit ohne Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht führe ihn irre und lasse gar nicht die Vorstellung bei ihm aufkommen, daß das Gesetz es ihm unter Umständen gar nicht zumute, sein gesamtes Wissen über den Vernehmungsgegenstand mitzuteilen, sondern ihn von seiner Zeugnispflicht teilweise befreie. Es solle auch den leicht möglichen Versuchen der Strafverfolgungsorgane, die Belehrungspflicht nicht ernst zu nehmen, um den Untersuchungszweck zu erreichen, von vornherein ein Riegel vorgeschoben werden. Um das zu erreichen und um dem Zeugen die freie Entscheidung über das Zeugnisverweigerungsrecht tatsächlich zu ermöglichen, müsse vor Beginn der Vernehmung belehrt werden [3].

Mehrfach wird im Schweizer Schrifttum die Frage erörtert, ob eine Zeugenaussage auch dann verwertet werden kann, wenn der Zeuge nicht über sein Verweigerungsrecht belehrt worden ist. Vetter hält eine Verwertung dann für unzulässig,

---

1) So Stalder S. 42, der eine weite Auslegung - dem Zeugen sei ein kurzes Kolleg über die Zeugnisverweigerungsrechte zu halten - ablehnt.
2) Vetter S. 34 ff.; Waiblinger Art. 141 Anm. 9.
3) Damit ist aber entgegen Stalder S. 42 keine allgemeine Belehrung über alle Verweigerungsrechte gemeint. Es soll nur neben der Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit allgemein auf das "Zeugnisverweigerungsrecht wegen Selbstbezichtigung" hingewiesen werden, da es möglicherweise sonst vergessen oder übersehen wird, wenn der Zeuge in die vom Gesetz geschützte Situation kommt. Bei den Zeugnisverweigerungsrechten wegen des Angehörigenverhältnisses, der Beamteneigenschaft usw. braucht zu Beginn der Aussage nur dann auf das Verweigerungsrecht hingewiesen zu werden, wenn es vorliegt; das wird in der Regel leicht zu erkennen sein.

wenn die Belehrungsvorschrift keine Ordnungs-, sondern eine Gültigkeitsvorschrift ist, da dann wegen des Formmangels gar kein Zeugnis im juristischen Sinne vorliege. Eine scheinbar zwingende Belehrungsvorschrift wird nach ihm aber erst dann eine Gültigkeitsvorschrift, wenn feststeht, daß dem Zeugen das Verweigerungsrecht zugestanden hätte; das sei aber oft erst nach der Zeugenaussage erkennbar; daher müsse man - wenn schon eine Verwertung erfolgt sei - das Urteil wenigstens mit einem Rechtsmittel anfechten können [1]. Eine andere Auffassung meint, der Beschuldigte habe ein Recht auf Einhaltung der Vorschriften über die Zeugnisverweigerungsrechte, so daß er bei Verletzung dieser Bestimmungen das Urteil mit einem Rechtsmittel anfechten könne [2].

Bemerkenswert ist, daß die Bundesstrafprozeßordnung [3] und die Strafprozeßordnung von Aargau [4] für den Fall der versäumten Belehrung bestimmen, daß diese nachzuholen ist, sobald ihr Fehlen festgestellt wurde, und daß dem Zeugen Gelegenheit zu geben ist, die Aussage zu verweigern oder zu ändern.

Vetter hält die Beweiswürdigung der Tatsache der Zeugnisverweigerung wegen Selbstbezichtigung für zulässig (negative Beweisführung) [5]. Dem Zeugnisverweigerungsrecht liegt nach Vetter ein

---

1) Vetter S. 36 f.; vgl. auch Walder SchwZStR 82, 33 (46, 54).
2) Suter S. 34; für den Bundesstrafprozeß hält Suter S. 35 ff. es nicht nur für unzulässig, daß die Aussage des Zeugen, die er in der Voruntersuchung gemacht hat, verlesen wird, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert; nach ihm ist auch die Vernehmung des Verhörsbeamten in der Hauptverhandlung verboten, weil dies eine Umgehung des Gesetzes sei.
3) Art. 83 Abs. 1.
4) § 103.
5) S. 51 f.

Kompromiß zu Grunde: Der Zeuge lügt nicht, sagt vielmehr weder ja noch nein, und der Staat begnügt sich damit. Der Zeuge erziele den Teilerfolg, nicht zur Belastung eines Verwandten gezwungen zu werden, der Staat andererseits wisse, daß er nicht angelogen werde. Dieser Kompromiß wird nach Vetter durch eine Beweiswürdigung nicht verletzt, da der "Zeuge sich vor Unannehmlichkeiten bewahre, gleichgültig, ob das Gericht sein Schweigen irgendwie auslege oder nicht", und der Staat nicht belogen werde [1].

III. Anglo-amerikanisches Recht

Im anglo-amerikanischen Strafverfahren ist der Umfang der von den Parteien durchgeführten Beweisaufnahme [2] durch Beweisverbote eingeschränkt [3].

So kann jeder Zeuge in einem Strafverfahren die Aussage verweigern, wenn er sich selbst wegen einer Straftat belasten müßte (privilege against self-incrimination) [4].

Die Zubilligung eines derartigen Aussageverwei-

---

1) Eine Beweiswürdigung beim Zeugnisverweigerungsrecht wegen des Angehörigenverhältnisses machte aber den Kompromiß hinfällig, da sie das Wohlergehen des Angehörigen, das der Zeuge schützen wolle, angreife und das Verweigerungsrecht hinfällig mache; so Vetter S. 49 ff.
2) Bader S. 3; Niebler S. 13 ff.
3) Bader S. 4.
4) Hierzu ausführlich Wigmore VIII §§ 2250 ff.; Shaw S. 218; nach Bader S. 20 f., 40 tritt das Privileg gegen Selbstbezichtigung in drei verschiedenen Formen auf:
   1. dem Recht des Angeklagten, vor Gericht zu schweigen,
   2. dem Recht des Zeugen, sich vor Gericht nicht selbst zu belasten, und
   3. dem Recht jedes Bürgers, vor nichtgerichtlichen Strafverfolgungsorganen ohne Einschränkung zu schweigen;

   vgl. hierzu auch Wigmore VIII § 2268 Nr. 1,2; Niebler S. 25.
   Wenn im Folgenden vom Privileg gegen Selbstbezichtigung gesprochen wird, dann ist das nur in dem unter 2. genannten Sinne gemeint.

gerungsrechts geht auf den Fall Lilburn zurück, in dem das englische Oberhaus im Jahre 1645 erstmals anerkannt hatte, daß "es den Gesetzen Gottes, der Natur und des Königreichs widerspreche, wenn jemand sein eigener Ankläger sei" [1].

In den Vereinigten Staaten ist das Privileg sogar in der Verfassung abgesichert worden [2]. So heißt es im 5. Amendment zur Verfassung unter anderem:

> "No person.....shall be compelled in any criminal case to be witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; ....."

In den Einzelstaaten gilt das Privileg kraft entsprechender Bestimmungen in den Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten [3] oder auf Grund des 14. Amendments zur Verfassung [4], in dem es heißt:

> ".....nor any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law..."

Das Privileg greift nur bei einer Straftat ein; zivilrechtliche Haftung [5] oder Vermögensnachteile [6] reichen genau so wenig aus wie eine Bloßstellung oder Schädigung des Rufes [7]; auch wenn die Aussage den Zeugen der Lächerlichkeit aussetzte, ist

---

1) Vgl. ausführlich Bader S. 20 ff.; Wigmore VIII § 2250.
2) Vgl. auch 98 C.J.S. Witnesses § 431 zu den geschichtlichen Grundlagen.
3) Vgl. Bader S. 41; Wigmore VIII § 2252 Fußn.3 m.w.N.
4) Malloy vs. Hogan 378 US 1 (8 f.) = 12 L.ed.2d 653 (659 f.); vgl. auch Murphy vs. Waterfront Commission of New York Harbor 378 US 52 (78) = 12 L.ed.2d 678 (694 f.).
5) Niebler S.26; 98 C.J.S. Witnesses § 446; Tucker vs. Hubner 129 F. Supp. 110 (113).
6) 98 C.J.S. aaO.
7) Niebler S.27; C.J.S. aaO § 445; Shaw S.219; United States vs. Thomas 49 F. Supp. 547 (550); vgl. hierzu Wigmore III §§ 984-987, aber auch Stephen S. 513.

das für das Privileg nicht ausreichend [1]. Handelt es sich allerdings um unwesentliche Tatsachen, dann wird im amerikanischen Recht ausnahmsweise ein Verweigerungsrecht anerkannt [2], wenn es sich um eine ehrenrührige Antwort handelt.

Während in den Vereinigten Staaten nur bei einer Straftat des Zeugen das Privileg in Betracht kommt [3], ist es im englischen Recht umstritten, ob der Zeuge auch dann die Auskunft verweigern kann, wenn er seinen Ehegatten belasten müßte.[4]

Das Privileg kann nur dann ausgenutzt werden, wenn der Zeuge den Eid geleistet hat und er dann auf einzelne Fragen ausdrücklich die Auskunft verweigert [5]. Tut er dies nicht, so wird ein Verzicht angenommen [6], der aber auch schon gleich zu Beginn der Vernehmung erfolgen kann [7]. Macht der Zeuge sein Recht nicht sofort geltend [8], so verwirkt er es [9]; er muß also mit einer einmal begonnenen Aussage, die ihn belastet, fortfahren[10].

---

1) Niebler aaO; C.J.S. aaO.
2) Wie Fußn. 1 und Hirschberg S. 36; Lohmann vs. The People 1 N.Y. 379 (385).
3) Wigmore VIII § 2259.
4) Halsbury Nr. 760; Shaw S. 221 f.
5) Bader S. 41; Halsbury Nr. 761; Niebler S. 27; Shaw S. 220; Wigmore VIII § 2270 (1); United States vs. Monia 317 US 424 (427 f.) = 87 L.ed. 376 (380); United States vs. Di Carlo 102 F. Supp. 597 (602); State of Ohio vs. Cox 101 N.E. 135 (142).
6) Bader aaO; Halsbury Nr. 762; Wigmore VIII § 2276; Rogers vs. United States 340 US 367 (370 f.) = 95 L.ed. 344 (347 f.).
7) Niebler S. 28; Wigmore VIII § 2275; Brown vs. United States 234 F. 2d 140 (143); Krogmann vs. United States 225 F. 2d 220 (226); vgl. 98 C.J.S. Witnesses § 456.
8) Niebler S. 27; 98 C.J.S. aaO § 452; Duffy vs. Brody 147 F. Supp. 897 (901).
9) Wie Fußn. 8; 98 C.J.S. aaO § 456 b (1).
10) Bader S. 41.

Ob der Zeuge sich berechtigterweise auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft, entscheidet nicht der Zeuge, sondern das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände [1].

Bei den übrigen Zeugnisverweigerungsrechten wird allgemein unterstellt, daß die Zeugen ihre Rechte kennen, so daß eine Belehrung nicht erforderlich erscheint. Bei dem Privileg gegen Selbstbezichtigung jedoch fordert man teilweise eine Belehrung, ohne daß sich dies aber allgemein durchgesetzt hätte [2].

Das Privileg ist ein Freiheitsrecht des Zeugen, das nur seinem Schutze dient [3]. Man lehnt es daher ab, daß der Angeklagte aus dem Privileg Rechte herleiten kann [4]. Wird dem Zeugen zum Beispiel zu Unrecht das Privileg verweigert, und muß er aussagen, so werden die Rechte des Angeklagten nicht beeinträchtigt; ein Beschwerdegrund liegt für ihn nicht vor [5,6]. Die Auswirkungen einer fehlerhaften

---

1) Halsbury Nr. 760; Bader aaO; Wigmore VIII § 2271; Niebler S. 28; Shaw S. 220 f.; United States vs. Thomas 49 F. Supp. 547 (550); Hoffmann vs. United States 341 US 479 (486) = 95 L.ed. 1118 (1124); Rogers vs. United States 179 F.2d 559 (562); - dem Richter wird dabei in aller Regel genügen, daß der unter Eid stehende Zeuge erklärt, nach bestem Wissen und Gewissen meine er, daß die Aussage ihn der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen werde; vgl. Newman S. 59.

2) Vgl. Wigmore VIII § 2269.

3) Bader S. 23, 41; Niebler S. 27; Wigmore VIII § 2270; Rogers vs. United States 340 US 367 (371) = 95 L.ed. 344 (348); United States vs. White 322 US 694 (699) = 88 L.ed.1542 (1546).

4) Bader S. 23, 42; United States vs. Murdock 284 US 141 (148) = 76 L.ed.210 (213); vgl. Jeschek S. 26; das wird auch bei Inhulsen S.41 deutlich, der das Recht als konsequente Folgerung aus der Unschuldsvermutung ansieht.

5) Hudson vs. United States 197 F.2d 845 (846); Morgan vs. Halberstadt 60 F 592 (596 f.); Taylor vs. United States 152 F 1 (7); Wigmore VIII § 2270, 2 a.

6) Ist der Angeklagte aber selbst als Zeuge aufgetreten, so wird eine irrtümliche Ablehnung oder Gewährung des Privilegs als Verletzung der Rechte des Angeklagten angesehen; Wigmore VIII § 2270, 2a; The People vs. Brown 72 N.Y. 571 (573).

Behandlung des Privilegs gegen Selbstbezichtigung auf die Möglichkeit, das Urteil mit einem Rechtsmittel erfolgreich anzufechten, sind allerdings nicht einheitlich [1]. Wird nämlich einem Zeugen irrtümlicherweise das Privileg gewährt und nutzt der Zeuge diese Möglichkeit auch aus, so ist dies ein Beschwerdegrund, da dem Angeklagten ein möglicherweise erheblicher Beweis entzogen wird [2,3].

Der Zeuge kann verlangen, daß auf eine trotz Bestehens des Privilegs erzwungene Aussage, eine Strafverfolgung gegen ihn nicht gestützt wird [4].

Für das amerikanische Strafverfahren wird es auch abgelehnt, aus der Tatsache der Auskunftsverweigerung Schlußfolgerungen zum Nachteil des Angeklagten zu ziehen [5], insbesondere den Schluß auf die Schuld des Angeklagten [6,7].

Das Privileg besteht nur solange, als auch nach materiellem Recht der Zeuge strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann [8]. So entfällt das Privileg bei rechtskräftiger Verurteilung oder Freispruch, Straferlaß, Verjährung, Begnadigung, Amnestie und Gewährung von Straffreiheit [9].

---

1) Vgl. allgemein hierzu Wigmore aaO.
2) Wigmore aaO; Cloyes vs. Thayer 3 Hill (NY) 564 (566 f.).
3) Nach Wigmore aaO Fußn. 4 besteht dieselbe Auffassung auch im englischen Recht.
4) Bader S. 23, 42; Shaw S. 221.
5) Niebler S. 24; Wigmore VIII § 2272; 98 C.J.S. Witnesses § 455.
6) Niebler aaO.
7) Diese rechtsstaatlich erscheinende Einschränkung hat nur geringen Wert. Denn der Richter wird die Geschworenen nur anweisen, daß die Verweigerung nicht zu verwerten sei. Je nachdrücklicher er dies tut, und je eindringlicher der Verteidiger darauf besteht, desto eher werden sich die Geschworenen an den Vorgang erinnern. Da die Geschworenen ihren Wahrspruch nicht begründen (vgl. Niebler S. 17), ist es nicht gewährleistet, daß die Verweigerung nicht dennoch berücksichtigt wird.
8) Wigmore VIII § 2279 (wegen anderer Zweifelsfragen in diesem Zusammenhang vgl. §§ 2280 ff.); Shaw S. 219 f.; Halsbury Nr. 762; Niebler S. 26.
9) Halsbury Nr. 763; Wigmore VIII § 2281; 98 C.J.S. Witnesses §§ 437 ff.; Hemans vs. United States 163 F.2d 228 (237).

IV. Andere Rechte

1. Romanischer Rechtskreis

In den Ländern des romanischen Rechtskreises sind Bestimmungen, die dem § 55 StPO entsprechen, kaum anzutreffen [1].

Eine Ausnahme bildet die spanische Strafprozeßordnung, die in Art. 418 ein Auskunftsverweigerungsrecht gewährt [2], wenn durch die Aussage in unmittelbarer und bedeutender Weise ein materieller oder sittlicher Schaden entstehen kann; bei schweren Verbrechen gegen den Staat gilt dieses Recht aber nicht [3].

Demgegenüber besteht weder in Italien [4], noch in Frankreich [5], Belgien [6,7] oder Portugal [7] für den Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht.

---

1) Jeschek S. 26 f.; vgl. auch Nuvolone S. 65 f. und 67.
2) Art. 418: "Kein Zeuge darf gezwungen werden, über eine Frage auszusagen, deren Beantwortung einem seiner Verwandten, auf die sich Art. 416 bezieht, in unmittelbarer und bedeutender Weise einen materiellen oder sittlichen Schaden an der Person oder dem Vermögen zufügen kann". (Der deutsche Wortlaut ist Nuvolone S.67 entnommen).
3) Nuvolone S. 67.
4) Nuvolone S. 66 f.; nach Art. 384 it. StGB ist aber derjenige Zeuge straffrei, der eine falsche Aussage gemacht hat, "weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, sich oder einen Angehörigen vor einem schweren und unvermeidbaren Schaden an Freiheit oder Ehre zu bewahren." (Wortlaut nach Nuvolone S. 67). - Zu beachten ist auch die Vorschrift des § 348 Abs. 3 it. StPO: "Zur Vermeidung der Nichtigkeit dürfen Personen nicht vernommen werden, die derselben oder einer mit ihr in Zusammenhang stehenden strafbaren Handlung beschuldigt sind, auch nachdem sie freigesprochen oder verurteilt sind, es sei denn, der Beschuldigte ist deshalb freigesprochen worden, weil er die Tat nicht begangen hat oder weil keine strafbare Handlung vorliegt". (Wortlaut nach Nuvolone S. 66).
5) Sprang S. 11; vgl. Helie Nr. 185; Garraud S.49 f., der die Einführung einer dem § 55 StPO entsprechenden Vorschrift fordert.
6) In Belgien gilt noch der französische Code d'instruction criminelle von 1808.
7) Vgl. Nuvolone S. 65 ff., der für Belgien und Portugal über keine auch nur annähernd entsprechende Vorschrift berichtet.

2. Nordisches Recht

Auch in den nordischen Strafprozeßordnungen [1] bestehen Auskunftsverweigerungsrechte, wenn der Zeuge die Wahrheit nicht bekunden kann, ohne sich einer Bestrafung oder dem Verlust der bürgerlichen Achtung auszusetzen [2]. Während in Schweden der Charakter der Handlung entscheidend ist - es kommt nicht darauf an, ob die Strafverfolgung möglich oder ob sie ausgeschlossen ist - stellt das norwegische Gesetz auf die Möglichkeit der Strafverfolgung ab [3].

In Dänemark führen nur eigene Handlungen des Zeugen zur Befreiung von der Aussagepflicht; die übrigen Prozeßordnungen dehnen das Befreiungsrecht auch auf Handlungen aus, die nächste Angehörige des Zeugen begangen haben [4]. Nach Andenaes [5] sind diese weitergefaßten Auskunftsverweigerungsrechte dann am bedeutsamsten, wenn die im vollen Umfang von der Zeugnispflicht befreiten nächsten Angehörigen des Beschuldigten überhaupt bereit sind auszusagen; dann steht ihnen nämlich immer noch das Auskunftsverweigerungsrecht zu.

In Finnland, Schweden und Dänemark sind die Zeugen auf das Auskunftsverweigerungsrecht hinzuweisen, wenn ein Grund für dessen Anwendung

---

1) Norwegen: Strafprozeßgesetz (1887); Dänemark: Rechtspflegegesetz (1916); Schweden: Prozeßgesetz (1942); Finnland: Prozeßordnung (1734 mit Revision 1948); - im weiteren stütze ich mich auf das Gutachten von Andenaes zum 46. DJT.
2) NStrPG § 177; SPG Kap. 36 § 6: strafbare und unehrenhafte Handlungen; FPO Kap. 17 § 24 verwendet nur die Formulierung "sich der Anklage aussetzen"; in Dänemark - DRpflG § 170 Abs.2 - tritt die Befreiung ein, wenn die Aussage den Zeugen des "Verlustes von bürgerlicher Achtung oder Wohlfahrt" aussetzen würde.
3) Andenaes S. 10.
4) Andenaes S. 11.
5) aaO.

gegeben [1] oder das Vorliegen der Voraussetzungen klar ist [2]. Im norwegischen Verfahren wird nach Andenaes trotz Fehlens einer Vorschrift die Belehrung in der Regel vorgenommen [3].

In Finnland, Norwegen und Schweden besteht auch das Recht, über Geschäfts- und Berufsgeheimnisse nicht auszusagen [4]. Dabei scheint es sich ebenfalls nur um ein Auskunftsverweigerungsrecht zu handeln [5].

Unklarheit besteht über die Folgen einer unzulässigen Vernehmung, z.B. bei fehlender Belehrung. Zum Teil wird der Fehler als unbeachtlich angesehen, da man ihn nicht mehr aus der Welt schaffen könne; andererseits wird aber auch die Nichtberücksichtigung des Beweises bzw. eine neue Verhandlung vor anderen Richtern gefordert [6].

---

1) SPG Kap. 36 § 14; FPO Kap. 17 § 28 Abs.2 und § 31.
2) DRpflG § 170 Abs. 6.
3) aaO.
4) Andenaes S. 12 f.
5) Andenaes S. 13.
6) Vgl. hierzu Andenaes S. 29 ff.

D. Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO

I. Die Verweigerung der Auskunft

1. Der zur Verweigerung Berechtigte

§ 55 StPO handelt nur von Zeugen und deren Auskunftsverweigerungsrecht. Ob jemand Zeuge ist, richtet sich allein nach seiner Stellung im Verfahren [1,2]. Niemand kann in ein und demselben Verfahren gleichzeitig Beschuldigter (Angeschuldigter, Angeklagter) und Zeuge sein [3,4]. Solange mehrere Personen in dem gerade in Frage stehenden Verfahrensabschnitt die Stellung von Mitbeschuldigten haben [5], können sie also nicht als Zeugen gegeneinander auftreten [6]. Besteht diese Verbindung als Mitbeschuldigte nicht mehr, weil das Verfahren ge-

---

1) Vgl. z.B. schon Glaser, Hdb. I S. 505 f.; zu einzelnen Streitfragen, wer Zeuge sein kann, vgl. K.Peters, Lb. § 42 II 2.

2) Die StPO trennt dementsprechend im 1.Buch in den Abschnitten 6 (§§ 48 ff.) und 10 (§§ 133 ff.) schon die Vernehmung des Zeugen von der des Beschuldigten.

3) Vgl. Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) vor § 48 Anm. 4b; Eb.Schmidt, Teil II Vorbem. vor § 48 Rn. 3; Sax in Müller-Sax (KMR) Vorbem. 3a vor § 48; Walder, Vernehmung S. 54; RGSt. 27, 312 (313 ff.); 52, 138 f.; BGHSt. 10, 8 (10).

4) Anders das anglo-amerikanische Recht, nach dem der Angeklagte auch Zeuge in eigener Sache sein kann; vgl. z.B. Newman S. 75 f.; Niebler S. 39 f.

5) Vgl. BGHSt. 10, 8 (11): "Die Eigenschaft einer Person als Mitbeschuldigten in diesem Sinne beginnt aber erst mit dem Zeitpunkt, von dem an das Verfahren gegen sie mit dem gegen einen anderen Beschuldigten von der Strafverfolgungsbehörde oder vom Strafgericht ausdrücklich oder stillschweigend für die ganze Dauer des Strafverfahrens oder für einen bestimmten Verfahrensabschnitt verbunden ist. Jene Eigenschaft dauert nur solange, als diese Verbindung selbst besteht (vgl. RG Rspr. 9, 403 f.)".

6) BGH aaO; Eb.Schmidt aaO, Rn. 4; Kohlhaas aaO; RGSt. 6, 279 (280 f.); 52, 138 ff.; Stock S.89; a.A. K.Peters, Lb. aaO, der nicht auf den formalen Verfahrensstand, sondern auf die Beziehung zum Verfahrensgegenstand abstellt, um die Verfahrensstellung zu ermitteln; so wohl auch Walder aaO S. 55 f.

gen einen Mitangeklagten abgetrennt worden ist (§ 237 StPO [1]), steht allerdings der Zeugenfähigkeit nichts mehr im Wege [2].

2. Der Umfang des Verweigerungsrechtes

Vergleicht man den Wortlaut des § 55 StPO mit dem der §§ 52, 53 StPO [3], so zeigt sich, daß das Gesetz in § 55 StPO nicht unbeschränkt auf den Zeugen Rücksicht nimmt. Während bei den §§ 52, 53 StPO das Zeugnis ohne irgendwelche Einschränkungen, also die gesamte Aussage, verweigert werden kann, gestattet § 55 StPO dies nur für einzelne Fragen. Nur dann, wenn der Zeuge durch seine Aussage sich selbst oder nahe Angehörige einer Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 StPO aussetzen müßte, braucht er zu diesem belastenden Punkt nicht Stellung zu nehmen. Ein darüber hinausgehendes Recht, die gesamte Aussage zu verweigern, steht ihm grundsätzlich nicht zu [4], er bleibt im übrigen zur Aussage

---

1) Ob es zulässig ist, einen zunächst Mitbeschuldigten vorerst nicht anzuklagen und dann im Wege der sog. Rollenvertauschung als Zeugen auftreten zu lassen, braucht hier nicht entschieden zu werden; vgl. zu diesem Problem z.B. Fuchs NJW 1959, 14 ff.; K. Peters, Gutachten S. 135 ff.

2) RGSt. 6, 279 (280 f.); 27, 312 (313 ff.); 52, 138 f.; BGHSt. 3, 149 (151 ff.); 10, 9 (10 ff.); Kohlhaas aaO; Eb. Schmidt aaO Rn. 4; Stock aaO; vgl. hierzu auch Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 1, der § 55 bei der Parteivernehmung nicht für anwendbar hält. Unklar ist, ob damit die Vernehmung des Angeklagten gemeint ist - dann wäre ein gesetzestechnisch falscher Ausdruck gewählt worden - oder ob vielleicht an die Parteivernehmung der ZPO gedacht ist - dort käme aber nicht § 55 StPO, sondern § 384 ZPO zur Anwendung.

3) Dort heißt es: "Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt...".

4) OLG Stuttgart NJW 1950, 760; OLG Oldenburg v. 20.4.1954 - Ss 50/54; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 2; Geerds, Studien S. 171; Glaser, Hdb. I S. 518; Kleinknecht § 55 Anm. 1; Koeniger S. 363 f.; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 1.

verpflichtet. Wegen dieses eingeschränkten Wirkungskreises bezeichnet Eb. Schmidt [1] das Auskunftsverweigerungsrecht unter Berufung auf Beling [2] als ein "beschränktes Zeugnisverweigerungsrecht" [3]. Diese Bezeichnung trifft auf jeden Fall dann zu, wenn damit nur ausgedrückt werden soll, daß das Auskunftsverweigerungsrecht nur Teile des Vernehmungsgegenstandes, nicht aber die Gesamtaussage betrifft. Ob allerdings § 55 StPO als Zeugnisverweigerungsrecht entsprechend § 52 StPO zu verstehen und zu behandeln ist [4], muß im Augenblick noch offen bleiben.

Die Aussageverweigerung im Falle des § 55 StPO auf einzelne Fragen zu beschränken und nicht auf die Gesamtaussage auszudehnen, entspricht der Forderung nach einer wirksamen Strafrechtspflege [5]. Wäre die Verweigerung der gesamten Aussage zulässig, so würde das zum Verlust zahlreicher Zeugenaussagen führen [6].

Die Konstruktion des § 55 StPO als beschränktes Verweigerungsrecht darf aber nicht den Blick dafür trüben, daß auch noch eine andere Fallgestaltung denkbar ist. Die Rechtsprechung hat sich schon sehr früh damit beschäftigen müssen, daß der Zeuge sich zu dem Beweisthema

---

1) Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52 - 56 Rn. 7, 8.
2) Lb. S. 306; Beling bezeichnet interessanterweise die Rechte in den §§ 53 - 55 StPO als Auskunftsverweigerungsrechte.
3) Vgl. Bennecke-Beling S. 350; Graf von Gleispach S. 145; eine ähnliche Einteilung findet sich bei Henkel (2. Aufl.) S. 207 ff.
4) So aber Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 2.
5) Vgl. aber § 384 Nr. 2 ZPO, wo diese Einschränkung nicht erfolgt ist.
6) So haben schon die Motive S. 45 (Hahn, Materialien StPO I S. 108) das Auskunftsverweigerungsrecht mit Rücksicht auf die Strafrechtspflege eingeschränkt; vgl. auch oben S.18 f. des Textes.

überhaupt nicht äußern konnte, ohne sich selbst oder einen nahen Angehörigen zu belasten [1]. Übt der Zeuge in einem derartigen Fall sein Auskunftsverweigerungsrecht aus, dann kommt das einer Verweigerung der Gesamtaussage gleich, die das Gesetz aber bei § 55 StPO ja gerade nicht zugelassen hat. Das Reichsgericht hat seit seiner Entscheidung vom 27.9.1880 [2] in ständiger Rechtsprechung die Verweigerung der gesamten Aussage in derartigen Situationen für zulässig gehalten [3]. Es hat gemeint, daß das Auskunftsverweigerungsrecht dann zum Rechte der Verweigerung des Zeugnisses in vollem Umfang werde, wenn alles nach § 68 StPO Anzugebende mit dem vielleicht strafrechtlich verfolgbaren Verhalten des Zeugen so eng zusammenhinge, daß nichts übrigbleibe, was dieser ohne die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bezeugen könnte [4]. Auch nach 1945 haben Rechtsprechung [5] und Schrifttum [6] unter Berufung auf das Reichsge-

---

1) RG Rspr. 2, 263 f. und 305 f.
2) RG Rspr. 2, 263 f.
3) RG Rspr. 3, 42 (44); GA 39, 214 f.; RGSt. 44, 44 f.; RG GA 62, 319 f.; LZ 1917, 142; HöchstRR 1927, 181 f.; Recht 1930 Nr. 1387; ZRpflBay 1930, 321; dieser Auffassung wurde auch im Schrifttum zugestimmt: Stenglein § 54 Anm. 5; Feisenberger § 55 Anm. 2; Hartung in Löwe-Hellweg-Rosenberg § 55 Anm. 6; a.A. Glaser, Hdb. I S. 518.
4) So RGSt. 44, 44 (45).
5) BGHSt. 10, 104 (105); BGH bei Dallinger MDR 1953, 402 (5 StR 69/53); BGH v. 24.1.1956 - 1 StR 568/55 - S.7 (obiter dictum; insoweit nicht in BGHSt. 9, 34 ff.); BayObLG v. 31.3.1960 - 4 St 359/59 - S. 4.
6) Alsberg-Nüse S.203; Erbs § 55 Anm.I; Feisenberger § 55 Anm.2; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 2; Geerds, Studien S.171 Fußn.1; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm.2b; Koeniger S.364; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) § 55 Anm.1; K.Peters, Gutachten S.128; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm.2b; Eb.Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn.2; Schwarz § 55 Anm.1; Tillmann in Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 55 Anm. 5.

richt [1] einhellig die Ansicht vertreten, daß die Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechtes unter Umständen zu einer Verweigerung der Gesamtaussage führen könne. Die im Schrifttum als Fälle einer Gesamtverweigerung gegebenen Beispiele [2] - jemand soll über eine Schlägerei aussagen, an der er selbst in für ihn strafbarer Weise beteiligt war [3], oder eine Frau müßte sich in einem Verfahren wegen Kuppelei durch ihre Aussage der strafbaren Unzucht bezichtigen - zeigen aber die Schwierigkeiten, denen die Praxis hier ausgesetzt ist.[4] Man muß sich fragen, ob es überhaupt festzustellen ist, ob der Zeuge tatsächlich die gesamte Aussage wird verweigern können. Glaser [5] weist darauf hin, daß bei einer Verweigerung nach § 55 StPO "der Richter Frage auf Frage stellen und abwarten kann, ob der Zeuge auch hier die Antwort ablehnen werde, und untersuchen, ob er dazu auch berechtigt sei"[6]. Dieses Verhalten wäre bei einer Verweigerung der ganzen Aussage, die entsprechend § 52 StPO behandelt werden müßte,

---

1) Überwiegend beruft man sich auf die Entscheidungen in RG Rspr. 2, 305 f. und RGSt. 44, 44 f.
2) Hartung in Löwe-Hellweg-Rosenberg § 55 Anm.6; Tillmann in Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 55 Anm. 5.
3) Diesen Fall hatte schon Löwe (1. Aufl.) § 54 Anm. 6 als Beispiel gebracht.
4) Nach Glaser, Hdb. I S. 518 Fußn. 3 geht das Beispiel der Schlägerei aber über den Rahmen des § 54 StPO (a.F.) hinaus; in Fällen, in denen der Zeuge zu dem Gegenstand der Untersuchung die Stellung eines Beschuldigten einnehme, müsse die Vernehmung als Zeuge als unzulässig angesehen werden.
5) aaO S. 518.
6) Hdb. I S. 518; so auch Erbs § 55 Anm. I; Stenglein § 54 Anm. 5; wohl auch Mötzinger S. 53.

unzulässig [1].

Glaser [2] beruft sich für seine Ansicht auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts vom 27.9.1880 [3] und vom 9.10.1880 [4]. Glasers Auffassung wird zwar nur in der Entscheidung vom 27.9.1880 ohne weiteres deutlich, wenn es dort heißt [5]:

> "Mag sich nun auch aus diesem Vorhalt die Ansicht des Vorsitzenden dahin ergeben, daß er dem Zeugen ausschließlich für ihn verfängliche Fragen vorlegen werde, derselbe mithin die Beantwortung aller an ihn gerichtet werdenden Fragen und sonach das ganze Zeugnis verweigern dürfe, so ist doch immerhin die durch § 54 der StrPO eingeräumte Berechtigung eine beschränkte. Darum wäre es geboten gewesen, dem Staatsanwalt und dem Angeklagten wenigstens die Gelegenheit, dem Zeugen unverfängliche Fragen vorzulegen, zu geben."

Dem scheint die Entscheidung vom 9.10.1880 auf den ersten Blick zu widersprechen, weil sie es einem Zeugen gestattet, unter Umständen das Zeugnis gänzlich zu verweigern. Beide Urteile widersprechen sich aber meines Erachtens nicht in der in ihnen enthaltenen Grundauffassung. In beiden Fällen waren die Zeugen nach der Verweigerung vom Gericht nicht vernommen worden. In dem Urteil vom 9.10.1880 heißt es aber am Schluß zur Berechtigung der Aussageverweigerung:

> "...von Seiten des Staatsanwalts [6] sind aber in dieser Richtung in der Hauptverhandlung keine Anträge gestellt worden, die das Gericht zu einer eingehenderen und für den Fall der Ablehnung motivierteren Entscheidung hätten veranlassen können.." [7].

---

1) Glaser aaO Fußn. 3; vgl. auch Kleinknecht § 52 Anm. 12; Sax in Müller-Sax (KMR) § 52 Anm. 4a; BGHSt. 6, 279 (280), wonach von einem das Zeugnis verweigernden Zeugen keine Erklärungen, die Sachangaben enthalten, entgegenzunehmen sind.
2) Hdb. I S. 518 Fußn. 3.
3) RG Rspr. 2, 263 f.
4) RG Rspr. 2, 305 f.
5) RG Rspr. 2, 263.
6) Die StA hatte mit der Revision die Berechtigung der Verweigerung der Gesamtaussage angegriffen.
7) RG Rspr. 2, 305 (306).

Daher mußte das Reichsgericht, genau so wie in der vorangegangenen Entscheidung [1], mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon ausgehen, daß die übrigen Prozeßbeteiligten unverfängliche Fragen nicht mehr stellen wollten und auch nicht mehr stellen konnten. Gleichzeitig wird aber auch deutlich, daß das Reichsgericht weitere unverfängliche Fragen keineswegs abschneiden wollte. Der erkennende III. Senat sah nur - genau so wie das Untergericht - keine Möglichkeit für Zusatzfragen, die zulässig gewesen wären und aus der Verweigerung der gesamten Aussage - auch nach außen erkennbar - wieder eine Verweigerung der Auskunft über Teile des Beweisthemas hätten machen können [2]. Das Verhalten des Instanzgerichtes [3], das das Reichsgericht in seinem Urteil vom 27.9.1880 [4] zu beurteilen hatte, ist gefährlich, da im Laufe der Hauptverhandlung Fragen hätten auftauchen können, die der Zeuge möglicherweise hätte beantworten müssen. Die Entscheidung, ob noch weitere Fragen an den Zeugen gestellt werden können oder nicht - ob also eine Verweigerung der Gesamtaussage

---

1) RG Rspr. 2, 263: "Da jedoch der Angeklagte in der Hauptverhandlung mit derartigen Fragen an den Zeugen nicht hervorgetreten ist, auch die Revision nicht behauptet, daß solche Fragen zu stellen gewesen wären, und vielmehr das Recht des Zeugen zur Zeugnisverweigerung unbedingt anerkannte, so kann nicht angenommen werden, daß durch die stattgefundene Verletzung des Gesetzes das ergangene Urteil zum Nachteil des Angeklagten beeinflußt worden sei."

2) Die Entscheidungen vom 9.10. und 27.9.1880 liegen so nahe zusammen, daß nicht ersichtlich ist, ob die frühere Entscheidung bekannt war, so daß es sich um eine Abweichung handelte.

3) Das Gericht hatte den Zeugen über die Möglichkeit einer Verweigerung der gesamten Aussage belehrt und ihn, nachdem er davon Gebrauch gemacht hatte, unvereidigt entlassen.

4) RG Rspr. 2, 263 f.; vgl. auch RG GA 39, 214 f. und LZ 1917, 142 f., wo auch eine Gesamtverweigerung zugelassen worden war.

praktisch in Betracht kommt oder nicht - steht zwar im Ermessen des Richters [1], der nach der im Einzelfall gegebenen Sachlage im Verfahren seine Entscheidung zu treffen hat [2]. Dabei ist aber zu beachten, daß das Ermessen des Richters nicht gleichbedeutend sein kann mit dem des Verwaltungsbeamten [3]. Da der Richter ein gerechtes Urteil finden soll, muß er sein Ermessen danach ausrichten, die Wahrheit so weit wie möglich zu ermitteln, um seiner Aufklärungspflicht zu genügen. Solange daher die Möglichkeit weiterer Fragen besteht, nachdem der Zeuge von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, darf dieser nicht entlassen werden. Hier liegt eine wichtige Aufgabe aller Prozeßbeteiligten. Sie dürfen sich nicht einfach mit der Gesamtverweigerung abfinden, sondern müssen deren Berechtigung jedesmal sehr sorgfältig prüfen, indem sie nach Möglichkeit noch weitere unverfängliche Fragen stellen. Dieser Auffassung steht auch die oben erwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts, die nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit weiterer Fragen abstellt [4], nicht unbedingt entgegen; denn aus einigen Entscheidungen ist zu ersehen, daß die Gerichte die Möglichkeit weiterer Fragen

---

1) RG Rspr. 2, 305; 3, 42 (44).
2) RG GA 39, 214 (215).
3) Vgl. Sarstedt, Revision S. 174 f.; Jellinek S. 30 ff.
4) Vgl. oben S. 45 Fußn. 3.

gesehen und bedacht haben [1].
Daraus, daß in anderen Entscheidungen ein Zeugnisverweigerungsrecht bei sehr engem Sachzusammenhang zwischen der gesamten Aussage und der Verfolgungsgefahr gewährt wird [2], darf man aber nicht ohne weiteres schließen, daß in derartigen Fällen der Zeuge wie bei § 52 StPO sein gesamtes Zeugnis gleich zu Beginn der Vernehmung wirksam verweigert hat und damit aus dem Verfahren ausgeschieden ist. Stenglein [3] trägt dem begrenzten Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts völlig zutreffend Rechnung, wenn er meint, daß sich "nur bei Verweigerung aller einzelnen Fragen" herausstellen kann, ob das Verweigerungsrecht des § 55 StPO zur Verweigerung der gesamten Aussage

---

1) So wird in RG LZ 1917, 142 darauf hingewiesen, daß nach der Verweigerung der Gesamtaussage keine Anträge auf Vernehmung des Zeugen gestellt wurden und die Beweisaufnahme im allseitigen Einverständnis geschlossen worden ist; in RG HöchstRR 1927, 181 hatte der Zeuge zunächst ausgesagt, dann seine Aussage widerrufen und auf alle Fragen, die den Vernehmungsgegenstand betrafen, die Auskunft verweigert (hier waren also alle Fragen schon gestellt); nach RG GA 39, 214 hat der Verteidiger die Absicht, weitere nicht mit dem inkriminierenden Beweissatz zusammenhängende Fragen zu stellen, nicht zu erkennen gegeben (es wären ihm also weitere Fragen gestattet worden); in RG GA 62, 319 wird dies sehr deutlich, wenn der Hinweis auf die angeblich richtige Belehrung, der Zeuge dürfe das Zeugnis verweigern, später dahingehend richtig gestellt wird, daß nach Ansicht des RG ein Verstoß gegen § 54 StPO nicht vorliegt, wenn der Zeuge vom Gericht darauf aufmerksam gemacht worden ist, "daß er nicht nur auf die Frage, ob er mit der Ko. geschlechtlich verkehrt habe, sondern auch auf alle übrigen Fragen die Auskunft verweigern dürfe; denn auch durch deren Beantwortung würde er sich der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Ehebruchs ausgesetzt haben."
2) Vgl. RGSt. 44, 44 (45); RG ZRpflBay 1930, 321; Recht 1930 Nr. 1387.
3) § 54 Anm. 5.

führt [1,2]. Dem Zeugen können auch nach einer Auskunftsverweigerung, die die gesamte Aussage deckt, immer noch Fragen gestellt werden. Dies ist solange nicht prozeßordnungswidrig, als es sich nicht um Wiederholungen vorher schon nicht beantworteter Fragen handelt.
So ergibt sich, daß der ohne nähere Begründung vom Schrifttum und der Rechtsprechung aufgestellte Satz, unter bestimmten Umständen könne das Auskunftsverweigerungsrecht zum vollen Zeugnisverweigerungsrecht werden, ungenau ist. Mit Glaser ist darauf hinzuweisen, daß dem Richter und den übrigen Verfahrensbeteiligten immer das Recht verbleibt, neue Fragen zu stellen, die der Zeuge aber auf Grund des § 55 StPO möglicherweise ebenfalls nicht zu beantworten braucht.

3. Ausdrückliche Verweigerung durch den Zeugen

Rechtsprechung und Schrifttum verlangen unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut zu Recht, daß der Zeuge, der die Auskunft verweigern will, erklärt, die Auskunft verweigern zu wollen, sich also auf § 55 StPO beruft [3]. Der Zeuge ist nicht berechtigt, die in seiner Aussage für ihn gefährlichen Punkte schweigend zu übergehen. Das Reichsgericht [4] hat sich zur Begründung nicht

---

1) So auch zu § 384 ZPO: Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. I; Wieczorek § 384 Anm. A I.
2) So auch der BGH in der Entscheidung v.24.1. 1956 - 1 StR 568/55 - S.7 (insoweit nicht abgedruckt in BGHSt. 9, 34 ff.), wenn er meint: "Gewiß können besondere Fälle so liegen, daß der Zeuge mit Recht das ganze Zeugnis verweigert."
3) RG Rspr. 5, 372 f.; RGSt. 57, 152 (153); BGHSt. 21, 167 (171); Alsberg-Nüse S. 205; Bennecke-Beling S. 351 (Fußn. 61); Erbs § 55 Anm. II; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 3; Geerds, Studien S. 171; Kleinknecht § 55 Anm. 1; Koeniger S. 364; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1e; Eb.Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 3; Schwarz § 55 Anm.1; wohl auch Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) § 55 Anm.1; Stenglein § 54 Anm.6; Stock S.90.
4) RG Rspr. 5, 372 (373).

nur auf den Wortlaut berufen, sondern auch darauf hingewiesen, daß "die berechtigte Verweigerung einer Antwort kein Verschweigen im Sinne des § 61 StPO a.F. [1] sei" [2], da derjenige, der das Recht ausübt, nicht verschweigt, sondern erklärt, nicht antworten zu wollen. Auch die Tragweite des Verschweigens sei eine durchaus verschiedene; der Richter werde nicht darüber informiert, daß der Zeuge etwas verschweige; das wiederum sei von Bedeutung für das Gewicht der Aussage. Auch wäre § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. [3] überflüssig, wenn dem Zeugen das Recht zustände, über belastende Punkte in seiner Aussage berechtigterweise zu schweigen, ohne dies erwähnen zu müssen. Dies aber war mit Bestimmtheit nicht beabsichtigt, da bei der Entstehung des Strafgesetzbuches schon dem Auskunftsverweigerungsrecht entsprechende Bestimmungen in den einzelnen deutschen Ländern bestanden. In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum öfters auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11.11.1954 [4] hingewiesen [5], weil der entscheidende 3. Strafsenat im Rahmen eines

---

1) idF v. 1.2.1877; heute vgl. § 66c StPO.
2) Vgl. Eb. Schmidt aaO, der daraus als Aussage des RG entnimmt, daß "das reine Verschweigen auch unter den Voraussetzungen des § 55 StPO ein 'Verschweigen' im Sinne des § 66c StPO sein könne."
3) idF des Änderungsgesetzes v. 15.5.1871:
(1) "Hat ein Zeuge oder Sachverständiger sich eines Meineides (§§ 154, 155) oder einer falschen Versicherung an Eides Statt schuldig gemacht, so ist die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte bis ein Vierteile zu ermäßigen, wenn
1) die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte oder ...".
4) BGHSt. 7, 127 f.
5) Geerds, Studien S. 171; Kleinknecht § 55 Anm.1; Koeniger S. 364; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 3; Schwarz § 55 Anm. 1.

Meineidsverfahren [1] zutreffend den Grund dafür aufzeigt, daß der Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, nicht schweigen darf, ohne dies zu erklären. Der Bundesgerichtshof weist auf die §§ 396, 392 ZPO hin, nach denen der Zeuge in einem Zivilrechtsstreit zu einer wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage verpflichtet ist. Das gilt nach §§ 69, 66c StPO auch im Strafverfahren.
Von dieser unbeschränkten Aussagepflicht jedes Zeugen ist zunächst auszugehen. Der Zeuge darf somit nichts verschweigen, sondern muß alle Tatsachen mitteilen, von denen er erkennt, daß sie mit dem Vernehmungsgegenstand zusammenhängen und für die Entscheidung von Bedeutung sind [2]. Solange der Zeuge, dem das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht, hiervon nicht Gebrauch macht, besteht seine Aussagepflicht weiter, so daß er auch ihn selbst oder nahe Angehörige belastende Fragen beantworten muß [3].

Für die Ausübung des Rechts aus § 55 StPO schreibt das Gesetz keine bestimmte Form vor. Wie der Zeuge dem Gericht seinen Willen, die Auskunft zu verweigern, mitteilt, bleibt somit ihm überlassen. Zu fordern ist nur, daß die Tatsache und der Gegenstand der Verweigerung sowie die Berufung auf § 55 StPO erkennbar sind. So kann die Erklärung, sich nicht äußern zu wollen, völlig

---

1) Das Urteil behandelt die Frage, ob im Verschweigen einer beweiserheblichen Tatsache, nach der nicht ausdrücklich gefragt wurde, auch dann ein Meineid zu sehen ist, wenn der Zeuge das Zeugnis verweigern kann. Der BGH bejahte das Vorliegen eines Meineides.
2) Vgl. RG DR 1939, 1066 Nr. 3; BGHSt. 1, 22 (24); 2, 90 (92).
3) Humborg JR 1966, 448 hält denn auch die "Zeugnisverweigerungsrechte" nicht für "Rechte" des Zeugen, der im Strafverfahren als Objekt des Beweises, des Verfahrens erscheine, sondern nur für Beschränkungen seiner Aussagepflicht.

ausreichen [1], da der Zeuge deutlich macht, von einem ihm zustehenden Verweigerungsrecht Gebrauch machen zu wollen, ohne sich damit sachlich geäußert zu haben [2]. Bekundet aber ein Zeuge, der die Absicht hat, sein Auskunftsverweigerungsrecht auszunutzen, er könne sich zu dem Beweisthema nicht äußern, da er davon nichts wisse, so wäre die Aussage nicht vollständig und könnte zu einem Strafverfahren wegen eines Aussagedeliktes führen . Denn in diesem Fall läge - wenn auch in negativer Form - eine sachliche Stellungnahme des Zeugen vor, die im Rahmen der Beweiswürdigung von erheblichem Gewicht sein kann. Der Richter würde über den Wert der Aussage getäuscht werden. Gleichzeitig verstieße der Zeuge gegen seine Wahrheitspflicht (§ 66 c StPO), da er gelogen hätte. Auf § 55 StPO könnte sich der Zeuge nicht berufen. [3]

Die Forderung, der Zeuge müsse ausdrücklich die Auskunft verweigern, um in den Genuß des Rechtes aus § 55 StPO zu kommen, zwingt auch noch zu anderen Folgerungen.

Nach § 240 StPO ist es den Verfahrensbeteiligten [4] gestattet, Fragen an den Zeugen zu stellen. Dieses Recht der Verfahrensbeteiligten gilt aber nicht unbeschränkt, denn einerseits wird es durch § 241 StPO eingeschränkt, andererseits sind z.B. Fragen an den Zeugen dann nicht mehr zulässig,

---

1) Beling, Lb. S. 307; Koeniger S. 364.
2) Der Zeuge darf also nicht einfach die Auskunft verweigern, ohne sich in irgendeiner Form erkennbar auf § 55 StPO berufen zu haben; so RG Rspr. 3, 42 (44).
3) Beling, Lb. S. 307; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 3; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 1.; Stenglein § 54 Anm.6.
4) Der Kreis der Frageberechtigten ist in § 240 nicht abschließend aufgezählt; vgl. Kleinknecht § 240 Anm. 4.

wenn er in vollem Umfang sein Zeugnis gemäß § 52 StPO verweigert hat, da durch die Erklärung der Zeugnisverweigerung ein Verbot der weiteren Vernehmung bewirkt wird [1]. Beim Auskunftsverweigerungsrecht beschränkt sich diese Wirkung auf die einzelnen verweigerten Tatsachen, so daß nur insoweit eine weitere Vernehmung nicht mehr in Frage kommen kann [2].

Nun wäre es aber denkbar, daß der Vorsitzende eine Frage schon deswegen zurückweisen will, weil er erkennt, daß ein Fall des § 55 StPO vorliegt, der Zeuge also die Auskunft verweigern könnte. Die Auskunftsverweigerung wird aber erst mit der Verweigerung durch den Zeugen wirksam. Ob er die Auskunft verweigern will, kann nur der Zeuge entscheiden. Denn die Entscheidung, aussagen zu wollen oder die Auskunft über eine Tatsache zu verweigern, ist das Ergebnis eines ausgetragenen inneren Konflikts. Welche Entscheidung er trifft, muß daher dem Zeugen allein überlassen bleiben. Sie darf ihm von niemandem, auch nicht von dem Richter abgenommen werden, da die Gründe für die Entscheidung ganz persönlicher Natur sind und somit dem Gericht verschlossen bleiben. § 55 StPO gibt dem Gericht keine Befugnis, eine Frage nur deswegen zurückzuweisen, weil ihre Beantwortung möglicherweise für den Zeugen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nach sich ziehen könnte [3,4].

Damit ist auch die Frage entschieden, inwieweit eine Stellvertretung bei § 55 StPO möglich ist [5]. Da es sich um ein höchstpersönliches Recht

---

1) Sax in Müller-Sax (KMR) § 52 Anm. 4 a.
2) Kohlhaas aaO Anm. 6a.
3) RGSt. 9, 426 (429); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 5.
4) Vgl. für den Zivilprozeß: Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. II 1.
5) Vgl. hierzu v. Weber MDR 1962, 169 ff.

des Zeugen handelt [1], kann nur er allein entscheiden, ob er aussagen will oder nicht. Ein Stellvertreter kann die Entscheidung nicht an seiner Stelle treffen [2]. Eine Einschränkung erfährt diese grundsätzliche Ablehnung nur dann, wenn es sich bei dem verweigerungsberechtigten Zeugen um eine Person handelt, die wegen mangelnder Verstandesreife nicht in der Lage ist, die Bedeutung des Verweigerungsrechtes zu erkennen. Für diese Fälle hat der Bundesgerichtshof zu § 52 StPO eine Rechtsprechung entwickelt, die auch auf § 55 StPO übertragen werden kann [3]. Danach wird bei einem Zeugen mit mangelnder Verstandesreife von dem gesetzlichen Vertreter die Zustimmung zur Vernehmung verlangt [4]; deswegen ist auch der gesetzliche Vertreter in diesem Falle zu belehren [5]. Stimmt der gesetzliche Vertreter der Vernehmung zu, dann ist der Zeuge dadurch aber noch nicht gezwungen, nun auch auszusagen. Verweigert er trotz der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters die Aussage, dann muß dies hingenommen werden. Die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters ist aber wesentlich, wenn er seine Zustimmung verweigert, da gegen seinen Willen - auch wenn der Zeuge aussagen will - eine Vernehmung nicht stattfinden kann.

Ein der Ablehnung von Fragen ähnliches Problem taucht bei der Ablehnung von Beweisanträgen auf, wenn an Hand der Akten von vornherein zu erkennen

---

1) BGHSt. 1, 39 (40).
2) Vgl. Real S. 166.
3) § 55 StPO und § 52 StPO sind beide Persönlichkeitsrechte, die dem Schutze des Zeugen dienen; vgl. BGHSt. 21, 303 (305).
4) BGHSt. 14, 159 ff.; 19, 85 ff.; 21, 303 ff.; ebenso Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) § 52 Anm. 4c; Sax in Müller-Sax (KMR) § 52 Anm. 3b; Eb.Schmidt, Nachtrag I § 52 Rn. 5 (zu Erl. 16); Kleinknecht § 52 Anm. 10 Ba.
5) BGHSt. 14, 159 (160).

ist, daß ein Zeuge sich auf § 55 StPO wird berufen können. Ebenso wie bei einzelnen Fragen, die an den Zeugen gestellt werden sollen, ist es vom Gericht nicht zu übersehen, ob der Zeuge von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen wird oder ob er sich entschließt auszusagen. Solange der Zeuge nicht von seinem Recht Gebrauch gemacht hat, ist er aber ein zulässiges Beweismittel. Aus der Tatsache der möglichen Auskunftsverweigerung könnte die Ungeeignetheit des Zeugen nur mit der Begründung hergeleitet werden, es bestehe die Gefahr einer unrichtigen Aussage. Das geltende Strafverfahrensrecht kennt aber - im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Prozeß - die Einteilung in klassische, verdächtige und untüchtige Zeugen nicht mehr. Jede Zeugenaussage ist daher im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Die Strafprozeßordnung geht ja auch davon aus, daß grundsätzlich jeder Zeuge, also auch derjenige, dem ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht, nach § 59 StPO zu vereidigen ist. Nur im Ausnahmefall des § 60 Nr. 2 StPO [1], der sich aber nur zu einem geringen Teil mit dem Geltungsbereich des § 55 StPO deckt, sieht das Gesetz von der Vereidigung ab. Aber auch diese nicht zu vereidigenden Personen sind noch immer Zeugen, deren Aussagen auf ihren Wert erst noch geprüft werden müssen; ihnen von vornherein aber jede Bedeutung abzusprechen, ist unzulässig [2]; es würde sich um eine nicht statthafte vorweggenommene Beweiswürdigung handeln. Da die Prozeßordnung aber den unter § 55 StPO fallenden Zeugen uneingeschränkt zuläßt - falls er nicht sein

---

1) idF des 1. StrRG.
2) BGHSt. 17, 128 (134).

Recht ausübt - und seiner Aussage nicht grundsätzlich jeden Beweiswert abspricht [1], ist es auch nicht zulässig, einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen allein deswegen abzulehnen, weil dieser sich durch seine Aussage einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen könnte [2].

In der Rechtsprechung und im Schrifttum [3] wird es im Zusammenhang mit § 52 StPO für möglich gehalten, einen Beweisantrag und damit auch die Ladung eines Zeugen abzulehnen, wenn die als Zeuge zu ladende Person schon vorher mit Bestimmtheit und ohne Einschränkungen erklärt, sie werde vor Gericht im Hinblick auf das ihr zustehende Zeugnisverweigerungsrecht die Aussage verweigern [4]. Diese Auffassung kann man auch auf § 55

---

1) Zum Teil ist gerade § 55 StPO zum Beweis dafür herangezogen worden, daß die Zeugenaussage nicht ein einheitliches Ganzes sei; es sei möglich, auch einzelne Teile der Aussage der Beweiswürdigung zu unterwerfen, vgl. RGSt. 7, 74 (75); Woesner NJW 1961, 533 (536).

2) RG JW 1905, 246 Nr.6; 1915, 354 Nr. 23; 1931, 3560 Nr. 23 (mit zust. Anm. Bohne); Stützel S.70; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 b; Alsberg S. 156; Alsberg-Nüse S. 205 f., 213; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 3 a; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 3; Simader S. 174; vgl. auch RG Rspr. 3, 42 (44); Eb.Schmidt, Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52 - 56 Rn. 15.

3) RGSt. 38, 256 (257); 40, 345 (346); 41, 32; RG JW 1931, 949 Nr. 22 (mit abl. Anm. Alsberg); RG HRR 1937 Nr. 615; 1939 Nr. 1566; BGH v. 21.6.1955 - 5 StR 55/55 - S. 16; BayObLGSt. 1967, 49 ff.; Alsberg-Nüse S. 206; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 52 Anm. 2; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 244 Anm. 27 a und 30 b; Kleinknecht § 52 Anm. 2 und § 244 Anm.8; Koeniger S. 277 (unter 2 c); Sax in Müller-Sax (KMR) § 244 Anm. 10, 14; Eb. Schmidt, Teil II § 244 Rn. 34 und Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52 - 56 Rn. 15.

4) Strittig ist, ob es sich dann um ein unzulässiges oder ungeeignetes Beweismittel handelt. Für Unzulässigkeit: Alsberg-Nüse S. 206; Koeniger S. 277; Eb. Schmidt, Teil II § 244 Rn. 34 und Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52 - 56 Rn. 15; Simader S. 166 ff.; Stützel S. 89; für Ungeeignetheit: Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 244 Anm. 27 a; vgl. auch BGHSt. 21, 12 (13): widersprüchlich: Sax in Müller-Sax (KMR) § 244 Anm. 10 und 14.

StPO übertragen [1]. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Zeuge seine Verweigerung vor der Polizei, dem Staatsanwalt oder dem Richter in der Voruntersuchung oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens abgegeben hat [2,3]. Entscheidend ist vielmehr, ob der Zeuge bestimmt und eindeutig die Auskunft verweigert hat und ob sich auf Grund der Beweisbehauptung erkennen läßt, der Zeuge werde nichts aussagen können, ohne sich oder Angehörige belasten zu müssen [4]. Hinzukommen muß aber noch, daß eine Sinnesänderung des Zeugen nicht erkennbar ist, daß keine bestimmten Anhaltspunkte ein derartiges Verhalten nahelegen [5]. Ist es nicht mehr eindeutig, daß der Zeuge bei der Auskunftsverweigerung bleiben wird, so kann der Beweisantrag nicht mehr abgelehnt werden [6]. Letzthin entscheidend sind also die Umstände des Einzelfalles [7, 8].

---

1) So auch Kleinknecht § 244 Anm. 8.
2) Demgegenüber hielt das RG es zunächst nur dann für gerechtfertigt, die Vernehmung eines Zeugen wegen einer schon erfolgten Zeugnisverweigerung abzulehnen, wenn der Zeuge in der Voruntersuchung oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens seine Aussage verweigert hatte; bei Zeugnisverweigerungen vor der Polizei konnte sich der Zeuge bis zur Hauptverhandlung ja zur Aussage entschlossen haben - RGSt. 38, 256 (257); 40, 345 (346); 41,32 f.; RG JW 1931, 949 mit abl. Anm. Alsberg.
3) So aber RG HRR 1937 Nr. 615, wo auch die Verweigerung vor der Polizei als bindend angesehen wurde, da der Zeuge auf Grund seiner Berufstätigkeit - er war Justizsekretär - über sein Recht genau unterrichtet war.
4) Der Verteidiger benennt z.B. den Zeugen dafür, daß nicht der Angeklagte, sondern eben dieser Zeuge die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat begangen hat.
5) So schon RG JW 1935, 3110 mit abl. Anm.Siegert JW 1935, 3111; RG HRR 1939 Nr. 1566.
6) BayObLGSt. 1967, 49 ff.; Kleinknecht § 244 Anm. 8; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) vor §§ 52 - 55 Anm. II 1 b; Koeniger aaO; vgl. auch BGHSt. 21, 12 (13).
7) Alsberg-Hüse S.206; Simader S. 169.
8) Wird also behauptet, der Zeuge werde jetzt aussagen, so wird man dem Beweisantrag stattgeben müssen.

Auch wenn der Zeuge die Auskunft auf eine Frage schon verweigert hat, kann er sie noch beantworten [1]; gegen die Verwertung der Antwort bestehen dann keine Bedenken.

Nach § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO kann der Zeuge, der unter Verzicht auf das ihm zustehende Zeugnisverweigerungsrecht ausgesagt hat, diesen Verzicht bis zum Abschluß der Vernehmung widerrufen [2] und sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen; auf Grund der nachträglichen Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht darf die Aussage nicht verwertet werden [3].

Bei der Einführung der Belehrungspflicht über das Auskunftsverweigerungsrecht ist die Vorschrift des § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht mitübernommen worden. Das fällt um so mehr auf, als schon vor Einführung der Belehrungspflicht das Reichsgericht mehrfach anerkannt hatte, daß der Zeuge auch dann noch sein Auskunftsverweigerungsrecht geltend machen könne, wenn er schon ausgesagt, auf sein Verweigerungsrecht also zunächst verzichtet hatte [4]. Das Reichsgericht hatte sogar beiläufig davon gesprochen, daß die Gerichtsübung den in § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgesehenen Widerruf auch auf die Fälle der §§ 53,55 StPO ausdehne [5].

---

1) Glaser, Hdb. I S. 543.
2) Henkel § 49 IV 1 weist zutreffend darauf hin, daß dieser Widerruf bei jeder Vernehmung erfolgen kann.
3) RGSt. 29, 351 ff.; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 52 Anm. 6 c; Eb. Schmidt, Teil II § 52 Rn. 21; - die Aussage muß dann ausdrücklich als unverwertbar festgestellt werden.
4) RGSt. 44, 44 f.; RG GA 62, 319; HöchstRR 1927, 181 f.; dabei hatte es sich aber immer um Fälle gehandelt, in denen nach Ansicht des RG eine Verweigerung der Gesamtaussage in Betracht kam. Die von Henkel aaO angeführten Entscheidungen RGSt. 38, 256 ff. und 40, 345 ff. sind nicht einschlägig.
5) RGSt. 53, 302; so im Schrifttum auch Bennecke-Beling S. 351 Fußn. 65; Feisenberger § 55 Anm. 2; Glaser, Hdb. I S. 543; Kohlrausch § 52 Anm. 10.

Daß trotz dieser Rechtsprechung keine entsprechende Vorschrift für das Auskunftsverweigerungsrecht geschaffen wurde, spricht dafür, daß ein Widerrufsrecht mit denselben Wirkungen wie bei § 52 StPO nicht geschaffen werden sollte. Dennoch haben sich einzelne Autoren [1] und der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs [2] der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen, meist unter Berufung auf die Reichsgerichtsentscheidung vom 5.7.1910 [3]. Der vom Reichsgericht entschiedene Fall [4] erlaubt meiner Meinung nach aber nicht die Schlußfolgerung, das Gericht habe im Rahmen des Auskunftsverweigerungsrechts ein § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechendes Widerrufsrecht anerkannt. Das Reichsgericht spricht zwar vom Widerruf, meint aber die Berichtigung, die Zurücknahme einer fal-

---

1) Erbs § 55 Anm. II; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 3; Henkel § 49 IV 1; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 1; Schwarz § 52 Anm. 1 B; wohl auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 4 a; vgl. auch OLG Celle NdsRpfl. 1957, 294 (296).

2) Urteil v. 24.1.1956 - 1 StR 568/55 - S. 5 f., 8 (insoweit nicht in BGHSt. 9, 34 ff. abgedruckt).

3) RGSt. 44, 44 f.

4) Der Zeuge war nach einem Hinweis auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 54 a.F. StPO zur Sache vernommen worden. Als das Gericht nach seiner Aussage beschloß, ihn zu vereidigen, verweigerte er nachträglich die Leistung des Eides und machte von dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 54 a.F. StPO Gebrauch, weil die Beantwortung sämtlicher an ihn gerichteten Fragen für ihn die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung verursachen würde. Das RG hat dieses Verhalten so verstanden: Der Zeuge habe "verständlich die Erklärung abgegeben: das bisher von ihm Bezeugte entspreche nicht der Wahrheit; er wolle es nicht als sein Zeugnis gelten lassen; er widerrufe es. Diese Erklärung offenbarte, daß das von ihm Ausgesagte nicht die zu bezeugende reine Wahrheit enthielt und also auch nicht mit dem Zeugeneide bekräftigt werden konnte. Ein Zeuge, der seine anfängliche Aussage zurücknimmt, muß nunmehr die Wahrheit bekunden. Das braucht er aber nicht, wenn ihm ein Recht zusteht, sein Zeugnis, also die Bekundung der Wahrheit zu verweigern."

schen Aussage [1]. Dieses Recht steht aber jedem Zeugen bis zum Ende der Vernehmung zu. Ob er sich nach diesem Widerruf für seine neue nunmehr richtige Aussage immer noch auf § 55 StPO berufen kann, hat aber nichts mit einer nachträglichen Auskunftsverweigerung zu tun. Das Reichsgericht hat vielmehr eine Berichtigung der Aussage mit anschließender Auskunftsverweigerung angenommen.
Eine nachträgliche Auskunftsverweigerung liegt aber nur dann vor, wenn die Aussage des Zeugen Tatsachen enthalten hat, die - ihre Wahrheit vorausgesetzt - dem Zeugen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Der 1. Strafsenat hält eine nachträgliche Auskunftsverweigerung in diesem Sinne für möglich, so daß die vorher gemachten Angaben als nicht geschehen zu betrachten sein sollen [2]. Der Schutzzweck des § 55 StPO ist zum Zeitpunkt der nachträglichen Auskunftsverweigerung aber schon vereitelt, da die Strafverfolgungsbehörden durch die Aussage von belastenden Tatsachen Kenntnis erhalten konnten. Die nachträgliche Verweigerung hat somit für den Zeugen keinen Wert mehr. Dann kann der Zeuge seine Interessen nicht mehr über die des Staates an der Strafverfolgung stellen. Der Zeuge kann nicht mehr verlangen, daß seine Aussage als nicht abgegeben gilt. Dies ginge über den Schutzzweck des § 55 StPO hinaus.

Eine nachträgliche Auskunftsverweigerung hindert es somit nicht, die vorherige Aussage zu verwerten [3].

---

1) Ähnlich scheint der Fall in RG HöchstRR 1927, 181 gelegen zu haben.
2) aaO; so wohl auch RG GA Bd. 62, 319.
3) Im Ergebnis ebenso Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 4 a.

Damit ist die Zulässigkeit einer nachträglichen Auskunftsverweigerung aber noch nicht in vollem Umfang abzulehnen; sie ist nicht völlig bedeutungslos. So ging es in einem Fall vor dem OLG Celle [1] um die Frage, wie lange Beugemaßnahmen des § 70 StPO gegen einen die Auskunft verweigernden Zeugen zulässig sind [2]. Da der Zeuge durch seine Aussage nicht auf das Auskunftsverweigerungsrecht verzichtet, wird seine weitere Vernehmung in dem Augenblick unzulässig, in dem sich der Zeuge auf § 55 StPO beruft. Steht ihm das Auskunftsverweigerungsrecht zu, so verweigert der Zeuge vom Zeitpunkt seiner Berufung auf § 55 StPO zu Recht das Zeugnis. Maßnahmen nach § 70 StPO sind dann aber nicht mehr zulässig, so daß schon verhängte Ordnungsstrafen aufzuheben sind [3].

Entsprechend der oben schon erwähnten Pflicht des Zeugen, vollständig und wahrheitsgemäß auszusagen, solange er von seinem Auskunftsverweigerungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat [4], ist der aussagende Zeuge auch verpflichtet, gemäß §§ 59, 66 c StPO seine Aussage zu beeiden [5].

---

1) NJW 1958, 72 ff.
2) Im zu entscheidenden Fall hatte der Zeuge, ein Journalist, unter Berufung auf das Redaktionsgeheimnis Fragen nach seinen Informanten nicht beantwortet. Die Strafkammer hielt ein Verweigerungsrecht weder nach § 53 Abs. 1 Ziff. 5 noch nach § 55 StPO für gegeben und verhängte eine Ordnungsstrafe gegen den Zeugen (§ 70 StPO). Gegen den Ordnungsstrafenbeschluß legte der Zeuge Beschwerde ein und berief sich im Beschwerdeverfahren erstmalig auf sein Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO).
3) OLG Celle NJW 1958, 72 (74).
4) Vgl. oben S. 53f. des Textes.
5) RGSt. 12, 190 (193); 17, 116 (118); 50, 163 (166); 77, 203 (206); BGHSt. 6, 382 (383); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 5; Feisenberger § 55 Anm. 6; Koeniger S. 365.

Da der auskunftsverweigerungsberechtigte, aber aussagende Zeuge keine andere Stellung hat als jeder andere Zeuge, braucht er nur dann keinen Eid zu leisten, wenn ein Vereidigungsverbot (§ 60 StPO) oder ein Eidesverweigerungsrecht (§ 63 StPO) besteht oder wenn das Gericht nach §§ 61 ff. StPO von der Vereidigung absieht. Auch der Zeuge, der die Auskunft über einzelne Tatsachen verweigert hat, ist also verpflichtet, seine restliche Aussage zu beeiden [1].
Stellt sich aber im Laufe der Vernehmung heraus, daß der Zeuge die Auskunft auf alle Fragen hat verweigern können, so daß ein Fall der Verweigerung der Gesamtaussage eingetreten ist, dann besteht die Eidespflicht nur insoweit, als der Zeuge nach § 56 Satz 1 StPO auf Verlangen die Tatsachen, auf die er seine Verweigerung stützt, glaubhaft machen muß [2]; hierzu genügt eine eidliche Versicherung (§ 56 Satz 2 StPO).

4. Verweigerung der Tatsachen

Nach dem Gesetz kann der Zeuge die Auskunft nur auf "Fragen" [3] verweigern. Diese so eindeutig und klar erscheinende Formulierung ist aber problematisch. Denn gemäß § 69 StPO ist der Zeuge zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand der Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben.

---

1) RGSt. 57, 186 (187 f.).
2) Somit nicht ganz zutreffend Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 5, wenn er meint, bei der Verweigerung der Gesamtaussage entfalle die Eidespflicht.
3) Vgl. die andere Formulierung des § 153 öStPO (siehe oben S. 21 des Textes)

Würde man den § 55 StPO - seinem Wortlaut entsprechend - nur dann anwenden, wenn Fragen an den Zeugen gestellt werden, dann könnte dieser in der ersten Phase der Vernehmung gezwungen sein, ihn selbst oder nahe Angehörige belastende Umstände vorzutragen; er müßte ja gemäß § 66 c StPO wahrheitsgemäß - damit also auch vollständig[1] - aussagen und Fragen, die ihn zur Auskunftsverweigerung berechtigten könnten, wären in der Regel zu diesem Zeitpunkt noch nicht gestellt worden. Eine derartige Auslegung würde den Schutz des Zeugen sehr einschränken und die Bedeutung des Auskunftsverweigerungsrechtes erheblich mindern. Für diese enge Auslegung ergibt sich aus den Motiven nichts[2], da dort nur allgemein der Schutz des Zeugen behandelt wird. Es ist auch kein einleuchtender Grund zu erkennen, die Zeugenvernehmung in zwei Teile zu spalten, in derem ersten § 55 StPO noch nicht gilt. Das Wort "Fragen" kann daher nicht wörtlich verstanden werden.

Die Aufgabe des Zeugen ist es, über Tatsachen zu berichten, die er wahrgenommen hat[3]. Wenn die Bekundung einzelner dieser Tatsachen den Zeugen oder dessen nahe Angehörige der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen, dann ist es für ihn von persönlichem Interesse, schon in seinem zusammenhängenden Bericht nach § 69 StPO diese Tatsachen nicht mitteilen zu müssen. Dieses persönliche Interesse des Zeugen berücksichtigt aber § 55 StPO. Eine sinnvolle Auslegung der Vorschrift führt daher dazu, daß der Zeuge nicht

---

1) Vgl. oben S. 53 des Textes.
2) Motive S. 45 (Hahn, Materialien StPO I S.108).
3) Kleinknecht Vorbem. 1 A vor § 48; K. Peters, Lb. S. 286.

auf "Fragen", sondern über Tatsachen, die ihn oder Angehörige belasten, nicht auszusagen braucht [1,2], vorausgesetzt, er beruft sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht.

Einen Anhaltspunkt für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung gibt das Gesetz selbst, indem es in § 56 Satz 1 StPO bestimmt, der Zeuge müsse die Tatsache, auf die er die Verweigerung des Zeugnisses in den Fällen der §§ 52, 53 und 55 StPO stützt, auf Verlangen glaubhaft machen. Damit können aber bei § 55 StPO nur diejenigen Tatsachen gemeint sein, die eine Strafverfolgungsgefahr für den Zeugen oder dessen Angehörige heraufbeschwören können. Hier geht das Gesetz zutreffend von den zu bekundenden Tatsachen aus, ohne damit aber etwas anderes als in der Formulierung des § 55 StPO zu meinen.

Die mißverständliche Formulierung des Gesetzes beruht meines Erachtens auf einer unkritischen und seit dem reformierten Strafprozeß nicht mehr gerechtfertigten Übernahme eines Begriffes aus dem artikulierten Verhör des gemeinen Strafprozesses.

---

1) Sarstedt, Beweisverbote S. 18 f.; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 c, der in der Aufforderung an den Zeugen, über sein Sachwissen zusammenhängend zu berichten, die Frage nach der Beteiligung des Zeugen oder eines Angehörigen enthalten sieht. - Das würde aber nicht die Fälle decken, in denen der Zeuge über eine andere Straftat oder Ordnungswidrigkeit als die in der Hauptverhandlung behandelte berichten müßte; Geerds, Studien S. 174; so beiläufig schon BGH v. 28.10.1954 - 1 StR 808/52 S. 2 f. und wohl auch Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 13, wenn es dort heißt: "....; denn wenn die StPO,....., die Zulässigkeit der Weigerung von bestimmten Folgen abhängig macht, die sich aus der A u s s a g e bzw. der Beantwortung von Vernehmungsfragen ergeben, ..." (Hervorhebung im Text vom Verfasser).

2) Vgl. zum Zivilprozeß: RG JW 1896, 371; Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. I, I 2; Wieczorek § 384 Anm. A I.

Im Verfahren des Inquisitionsprozesses [1] erfolgte die Zeugenvernehmung zum Zwecke der Überführung des Angeklagten dergestalt, daß der Richter alle Fragen, die dem Zeugen vorgelegt werden sollten, schriftlich niederlegte [2]. An Hand dieser sogenannten Artikel [3] erfolgte dann die Zeugenvernehmung [4], indem die Artikel (= Fragen) dem Zeugen vorgelesen und seine Antworten in ein Protokoll aufgenommen wurden [5]. Während das artikulierte Verhör im gemeinrechtlichen Prozeß verschwand [6], setzte sich die Auffassung durch, den Zeugen zunächst zu einer zusammenhängenden Darstellung anzuhalten und ihm erst dann ergänzende

---

1) Der Gemeine Strafprozeß gliederte sich zunächst in die Generalinquisition, die eine formlose Untersuchung für Erkundigungen des Anklägers war, um eine nützliche Spur zu erhalten, und die Spezialinquisition, die in strengen Formen zur Überführung des Beschuldigten führen sollte; vgl. Biener S. 169 f.; Glaser, Hdb. I S. 97; Eb. Schmidt, Einführung § 187; v.Feuerbach, Lb. §§ 628 ff.; v.Grolmann §§ 532 ff.
2) Es entsprach im wesentlichen dem Verhör des Angeklagten.
3) Diese Bezeichnung erklärt den Namen "artikuliertes Verhör" als Verhör nach "Artikeln", die gleichbedeutend mit den Fragen waren.
4) Seit Brunnemann, Tractatus cap. VIII membr. 1 Nr. 33, 66, 69, 96 - vgl. auch Biener S. 176; Glaser, Hdb. I S. 97 f.; Eb. Schmidt, aaO § 199 - wird vor dem artikulierten Verhör des Angeklagten in der Spezialinquisition noch ein summarisches Verhör zur Information durchgeführt. In diesem summarischen Verhör, das auch auf die Zeugenvernehmung ausgedehnt wird, möchte schon Brunnemann eine zusammenhängende Darstellung vom Inquisiten erhalten - vgl. Brunnemann aaO cap. VIII membr. 1 Nr. 69.
5) Ein anschauliches Beispiel hierfür ist das Verhör des Kronprinzen Friedrich, das Reiners S. 50 schildert.
6) Im Laufe der Zeit war die Bedeutung des artikulierten Verhörs zur Überführung immer mehr geschwunden; die eigentliche Untersuchung fand schon während des summarischen Verhörs statt; vgl. hierzu Biener S. 182 ff.

Fragen zu stellen [1], wie es sich schon im summarischen Verhör des gemeinrechtlichen Prozesses vorbereitet hatte. In der Praxis wird das Verhör aber im wesentlichen weiterhin auf Fragen des Gerichts beruht haben [2], da das Verfahren jahrhundertelanger Praxis nicht von heute auf morgen durch eine neue Verfahrensweise zu ersetzen war. So bezog man - infolge der noch zu vertrauten überkommenen Vernehmungsformen - auch das Auskunftsverweigerungsrecht auf "Fragen" im Rahmen der Vernehmung. Daß die neueren Partikularstrafprozeßordnungen und auch die Reichsstrafprozeßordnung diese Formulierung übernommen und niemals an die veränderte Vernehmungsform angepaßt haben, ist eine Ungenauigkeit der jeweiligen Gesetzgeber, die schon längst einmal hätte auffallen müssen. Es wäre an der Zeit, den Wortlaut des § 55 StPO den Bestimmungen der Strafprozeßordnung über die Form der Vernehmung anzupassen [3].

II. Die Tatbestände der Verfolgungsgefahr

Nach dem Wortlaut des § 55 StPO besteht das Auskunftsverweigerungsrecht dann, wenn die Gefahr

---

1) So gehen noch die Allg. Krim.G.O. § 131 iVm §§ 95-97, 100, 103, 111 f. und das Gesetzbuch über Verbrechen (1803) § 382 iVm § 251 davon aus, dem Zeugen bei der Vernehmung Fragen vorzulegen, während die Allgemeine Gerichtsordnung (1793) 1. Teil, 10. Titel § 191 und die Pr. Krim.O. (1805) § 320 zunächst eine zusammenhängende Erzählung verlangen, die durch Fragen zu ergänzen ist.

2) So hält sich in Bayern die Einrichtung der Vernehmung durch Befragung (Codex Juris Bavarici Criminalis 1751 2. Teil, 7. Kap. und Entwurf eines Strafprozeßgesetzbuches 1870 Art. 157 Abs.2.

3) Vgl. hierzu die Formulierung des § 153 öStPO (siehe oben S.21 des Textes), der die Änderung der Vernehmungsform berücksichtigt hat.

besteht, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.

1. Die Regelung des Gesetzes

a. Allgemeines

Ausgehend von dem beabsichtigten Schutz des Zeugen stellt das Gesetz es nicht darauf ab, ob die Tat, deren sich der Zeuge beschuldigen müßte, ein leichtes oder schweres strafbares Verhalten darstellt [1]. Dies ergibt sich sehr deutlich aus der Aufnahme der Ordnungswidrigkeiten in den Schutzbereich des § 55 StPO. Diese Entscheidung ist zutreffend, da man nicht von der Schwere der Tat, die der strafgerichtlichen Verfolgung zugrunde liegen würde, auf die Schwere des beim Zeugen entstandenen inneren Konflikts schließen kann. Will man daher den Zeugen schützen, so darf man geringere Verstöße nicht ausnehmen.
Es wäre daran zu denken, daß das Auskunftsverweigerungsrecht dem Zeugen dann nicht zugute kommen kann, wenn eine Frage den Beschuldigten entlasten soll. Zur Begründung könnte man anführen, in einem derartigen Fall gehe das Interesse an der Wahrheitsermittlung dem Schutz des Zeugen vor. Da der Gesetzgeber aber in § 55 StPO sein Interesse an der Wahrheitsermittlung zurückgestellt hat, um den Zeugen nicht zur Belastung seiner Angehörigen oder seiner selbst zwingen zu müssen, muß sich auch der Beschuldigte dies entgegenhalten lassen; sein Interesse an der Entlastung muß zurückstehen vor dem Interesse des Zeugen. Andernfalls

---

1) Schon Glaser, Hdb. I S. 519 hat darauf hingewiesen, daß "jede strafgerichtliche Verfolgung, wie geringfügig auch ihr Gegenstand, wie entlegen auch ihre Gefahr (z.B. wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt)" ausreiche.

würde das zu dem unerwünschten Ergebnis führen, daß der Zeuge es sagen müßte, wenn er der Täter der fälschlicherweise dem Angeklagten zur Last gelegten Tat wäre. Es wäre auch nicht immer eindeutig festzustellen, welche Tatsachen entlastend wirken und welche nicht. Wenn also die Gefahr der Strafverfolgung besteht, dann kann dem Zeugen das Auskunftsverweigerungsrecht nicht bestritten werden; es ist unerheblich, welchem Zweck die Fragen dienen [1].

b. Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

Die Neufassung des § 55 StPO [2] hat eine bisher streitige Frage geklärt: Es ist jetzt ausdrücklich bestimmt, daß auch die Gefahr, wegen einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, das Auskunftsverweigerungsrecht begründen kann [3]. Denn bis zum Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten bestand hierüber im Schrift-

---

1) Eb.Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn.12 - im übrigen neueren Schrifttum wird dies nicht mehr erwähnt; so aber auch noch Hartung in Löwe-Hellweg-Rosenberg § 55 Anm. 4; Tillmann in Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 55 Anm. 7.

2) idF des EGOWiG v.24.5.1968 (BGBl. I S. 503) Art. 2 Nr. 3.

3) Vgl. aber schon § 44 Abs. 3 AWG v.28.4.1961 (BGBl. I S. 481): "Der zur Erteilung einer Auskunft Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde."

tum keine völlige Einigkeit [1,2]. Die Begründung zum Einführungsgesetz [3] weist darauf hin, daß die Rechtsprechung den § 55 StPO schon bisher im Sinne der Neuregelung ausgelegt habe. Eine Entscheidung hierzu habe ich aber genau so wenig wie Eb. Schmidt [4] finden können. Die neue Fassung des § 55 StPO entspricht der scharfen Trennung von Geldbuße und Strafe, Bußgeldverfahren und Strafverfahren, die das Bundesverfassungsgericht[5] durchgeführt und das neue Ordnungswidrigkeitengesetz übernommen hat [6]. Daß die amtliche Begründung [3] als Grund für die Einfügung die wachsende Bedeu-

---

1) So nahmen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bei Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit an: Geerds, Studien S. 174 Anm.15; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm.1d; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm.1d; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Schwarz § 55 Anm. 1B; Schwarz-Kleinknecht (27. Aufl.) § 55 Anm.2; so wohl auch Rotberg (3. Aufl.) § 38 Rn.5; die mehrfach zitierte Fundstelle v. Weber JZ 1953, 297 (so z.B.Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 55 Anm. 2a und Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d) ist unzutreffend, da sich v.Weber zu dieser Frage überhaupt nicht äußert; a.A.war Eb. Schmidt Teil II § 55 Rn. 3b; vgl. auch Glaser Hdb. I S . 519, der "andere strafähnliche Benachteiligungen" nicht als ausreichend ansah. Zu beachten ist § 165 E 1939, der das Auskunftsverweigerungsrecht nur dann vorsah, wenn die Beantwortung einer Frage den Zeugen oder einen seiner Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Nach der Begründung S. 89 war unter "Straftat" i.S. des § 165 E 1939 eine Tat zu verstehen, die mit den im Strafgesetzbuch vorgesehenen Strafen bedroht war, nicht aber eine Ordnungswidrigkeit.

2) Kohlhaas legt in der 22. Aufl. des Löwe-Rosenberg seinen Erläuterungen des § 55 StPO noch die alte, seit dem 1.10.1968 nicht mehr geltende Fassung der Vorschrift zugrunde; er sieht daher bei der Ordnungswidrigkeit (vgl. dort Anm. 2a) ein Problem, das überhaupt nicht mehr besteht. Indem Kohlhaas Eb. Schmidts Ansicht aus dem Jahre 1957 (vgl. Eb. Schmidt Teil II § 55 Rn. 3b) als abweichend zitiert, übersieht er die Neukommentierung des § 55 StPO bei Eb. Schmidt, Nachtrag II Rn. 1.

3) Bundestagsdrucksache V/1319 S. 71.

4) Nachtrag II § 55 Rn. 1; auch Bode NJW 1969,211 (213)übernimmt nur die amtliche Begründung,ohne ein Urteil als Beleg zu nennen.

5) BVerfGE 8,197 (207); 22,49 (78 f); 27,18 (28 ff)

6) Vgl. Göhler § 1 Anm. 2 A.

tung der oben erwähnten Streitfrage im Zusammenhang mit der weiter fortschreitenden Umwandlung von Straftatbeständen in Bußgeldtatbestände angibt, entspricht der tatsächlichen Entwicklung.

Es ist aber noch zu prüfen, ob der neue Wortlaut des § 55 StPO [1] eine Änderung des Geltungsbereichs dieser Bestimmung mit sich gebracht hat. Bis zur Neufassung des § 55 StPO bestand Klarheit darüber, daß unter dem Begriff der "Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung" die Gefahr gemeint war, im Wege des Strafprozesses [2] also durch den Strafrichter verfolgt

---

1) Vgl. oben S.20 des Textes.

2) So heißt es schon in den Protokollen der Kommission (2. Lesung), S. 1130 (Hahn, Materialien StPO II S. 1482): "Den § 45 (K.V. § 45; G § 54) hat die Redaktionskommission - vergleiche Nr. XXIII der Beschlüsse - zu fassen beschlossen, wie folgt: Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 42 Nr. 1-3 bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde.
Hierzu ergreift das Wort: Abg. Dr. Lasker: Er wolle gegen den Vorschlag der Redaktionskommission keinen Widerspruch erheben, sondern nur darauf aufmerksam machen, daß keine blos redaktionelle Veränderung vorliege, wenn "Strafverfahren" in "strafgerichtliches Verfahren" verwandelt worden. Unter dem zweiten Ausdruck könne nur eine Verfolgung im Wege des Strafprozesses gemeint sein; der Zeuge dürfe also die Aussage nicht verweigern, wenn dieselbe zu einem Disziplinarverfahren wider ihn führen könnte.
Abg. Becker: Der Beschluß der Redaktionskommission sei erfolgt auf Grund der ihr von der Kommission ertheilten Ermächtigung, zwischen Civil- und Strafprozeßordnung, soweit thunlich, Harmonie herzustellen. Der Vorschlag entspreche im Wesentlichen der Nr. 2 des § 337 der Civilprozeßordnung, aus welcher der Ausdruck "strafgerichtliche Verfolgung" entnommen sei. Sollte hinsichtlich des Ablehnungsrechts ein Unterschied gemacht werden, so würde der Strafprozeß derjenige sein, wo eine größere Beschränkung des Ablehnungsrechts stattfinden müsse. Deshalb habe man den Ausdruck der Nr. 2 des § 337 mit in die Strafprozeßordnung aufgenommen.
Da ein Widerspruch nicht erfolgt sei, so erklärt der Vorsitzende den in Rede stehenden Vorschlag der Redaktionskommission für genehmigt."--- Dieses Verfahren hat Goldschmidt DJZ 1925, 326 als Eigenmächtigkeit der Redaktionskommission kritisiert.

zu werden. Bisher konnte sich der Zeuge also sagen: Ich bin zwar völlig unschuldig und habe ein reines Gewissen ; wenn ich jedoch diese Frage wahrheitsgemäß beantworte, gerate ich in falschen Verdacht und damit in die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung. Also darf ich mich weigern, die Frage zu beantworten. Ob diese Überlegung jetzt auch noch zuträfe, ist zweifelhaft; denn das Gesetz gewährt nach seiner neuen Fassung das Auskunftsverweigerungsrecht nur dann, wenn die Aussage zu der Gefahr führte, "wegen einer Straftat .... verfolgt zu werden". Das Wort "Straftat" könnte aber den Gedanken aufkommen lassen, daß nunmehr eine engere Auslegung richtig ist: daß nämlich eine strafbare Handlung tatsächlich begangen worden sein muß. Eine derartige Auslegung ist aber nicht zwingend und auch keineswegs geboten. Daß der Gesetzgeber eine Einschränkung des Geltungsbereiches beabsichtigt hätte, ist den Materialien des Einführungsgesetzes zum Ordnungswidrigkeitengesetz [1] nicht zu entnehmen. Hätte das Auskunftsverweigerungsrecht eingeschränkt werden sollen, so hätte der Gesetzgeber darauf hinweisen müssen. Zwar taucht schon in § 165 E 1939 [2] die Formulierung von der Verfolgung wegen einer "Straftat" [3] auf. Der Ausdruck "Straftat" wurde aber nur den Ordnungswidrigkeiten gegenübergestellt, ohne eine Einschränkung auf eine tatsächlich begangene Tat zu beabsichtigen [4]. Der Wortlaut "wegen einer

---

1) Bundestagsdrucksache V/1319 S. 71.
2) § 165 E 1939: "Der Zeuge darf die Auskunft auf eine Frage verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem seiner Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden."
3) "Straftat" sollte im Sinne des Sprachgebrauches des StGB verstanden werden; vgl. Amtliche Begründung zu § 165 E 1939 S. 89.
4) Amtliche Begründung aaO: "Darunter ist eine Tat zu verstehen, die mit den im StGB vorgesehenen Strafen bedroht ist, nicht aber eine Ordnungswidrigkeit."

Straftat..... verfolgt zu werden" zwingt somit nicht zu einer einschränkenden Auslegung. Ein Staatsbürger wird auch dann wegen einer Straftat verfolgt, wenn sich später herausstellt, daß er unschuldig ist. Ein gegen einen Unschuldigen eingeleitetes Verfahren verliert wegen der Unschuld des Angeklagten nicht den Charakter einer Verfolgung wegen einer Straftat.
Die hier vertretene Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck des Auskunftsverweigerungsrechts, den Zeugen davor zu bewahren, sich selbst beschuldigen zu müssen. Die Zwangslage des Zeugen besteht nämlich schon dann, wenn er mit der Möglichkeit einer Strafverfolgung rechnen muß, auch wenn er unschuldig ist. Eine einschränkende Auslegung ist daher nicht gerechtfertigt. Entscheidend ist allein, ob die Aussage des Zeugen eine Verfolgung durch den Strafrichter hervorrufen könnte. Da aber schon früher die überwiegende Meinung [1] die Ordnungswidrigkeiten dem § 55 StPO zuordnete [2], bringt die neue Fassung der Bestimmung keine inhaltliche Änderung mit sich; sie stellt nur klar, was schon bisher als rechtens angesehen wurde [3]. Die neue Formulierung "Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit" hat also keine andere Bedeutung als der bisherige Wortlaut. Somit kann bei der Frage, wann eine Verfolgungsgefahr vorliegt, auch weiterhin auf die ältere Literatur und Rechtsprechung zur "Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung" zurückgegriffen werden.

---

1) Vgl. oben S. 71 Fußn. 1 des Textes.
2) Die Amtliche Begründung zum Entwurf einer Reichsstrafprozeßordnung (Motive S. 35 ff.) und die Protokolle (S. 49 ff. und 1130 f.) sagen nichts.
3) Amtliche Begründung zum EGOWiG - Bundestagsdrucksache V/1319.

Geht man davon aus, daß die Neufassung des § 55 StPO nur eine Klarstellung des von der überwiegenden Meinung für richtig gehaltenen Rechtszustandes enthält, dann ist der Begriff der "Straftat" wie im materiellen Recht zu verstehen. Es handelt sich also "um eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung, an die das Gesetz eine Strafdrohung knüpft" [1] oder, wie Schmidhäuser [2] es formuliert hat, um "das tadelnswerte Verhalten eines Menschen, auf das nach dem Strafrecht mit Strafe als Übelzufügung geantwortet werden soll oder doch darf." In diesem Sinne hatte auch schon der Entwurf einer Strafverfahrensordnung von 1939 den Begriff der "Straftat" in § 165 verstanden, da nur bei der Gefahr einer Verfolgung in einem kriminellen Strafverfahren das Auskunftsverweigerungsrecht bestehen sollte [3].

c. Nicht von § 55 StPO erfaßte Fälle

Betrachtet man die dem § 55 StPO entsprechende Bestimmung des § 384 Nr. 2 ZPO, so fällt der im Vergleich zur Strafprozeßordnung umfangreichere Katalog an Verweigerungsgründen auf [4]. In § 384 Nr. 2 ZPO [5] wird eine Aussage, die dem Zeugen oder einem nahen Angehörigen zur Unehre gereicht, derjenigen gleichgestellt, die die Gefahr für diese Personen verursachen könnte, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

---

1) Creifelds unter "Straftat".
2) Kap. 2 Rn. 6.
3) Amtliche Begründung S. 89 f.
4) Vgl. oben S. 20 Fußn. 4 des Textes.
5) Entsprechend dem § 55 StPO durch Art. 38 EGOWiG v. 24.5.1968 (BGBl. I S. 503) geändert.

verfolgt zu werden. Eine ähnliche Gleichstellung kannten vor Einführung der Reichsstrafprozeßordnung schon eine Reihe von partikularen Strafprozeßordnungen, die ein Auskunftsverweigerungsrecht dann gewährten, wenn der Zeuge zu seiner Schande oder zur Schande naher Angehöriger aussagen mußte [1]. Diese Fassung übernahm zwar der Entwurf für eine Zivilprozeßordnung in § 337 Nr. 2 [2], nicht aber der Entwurf der Reichsstrafprozeßordnung. In der amtlichen Begründung zur Reichsstrafprozeßordnung wird eine über die Regelung des Entwurfs hinausgehende Vorschrift ausdrücklich abgelehnt, weil eine derartige Bestimmung eine ernsthafte Gefahr für die Strafrechtspflege darstellen würde und der Begriff der Schande viel zu dehnbar sei, um für den Richter praktikabel zu sein [3]. In den Beratungen der Kommission ist die Frage einer weiteren Fassung zur Sprache gekommen [4]. Wie sich aus den Materialien zur Strafprozeßordnung ergibt, wurde der Antrag, den § 54 der damaligen Fassung entsprechend dem § 337 Nr. 2 des Entwurfs der ZPO zu fassen, aus den schon in den Motiven angeführten Gründen abgelehnt [4]. Bei diesem eindeutigen gesetzgeberischen Willen und dem klaren, unmißverständlichen Wortlaut ist es unmöglich, § 55 StPO erweiternd auszulegen. Auch neuerdings hat der Gesetzgeber eine Erweiterung der Vorschrift nicht ins Auge gefaßt, da in der Neufassung des § 55 StPO auf Grund des Einführungsge-

---

1) Baden (1845) § 156 und (1864) § 107; Oldenburg (1857) Art. 107 § 2; Thüringen (1850) Art. 177 Abs. 1; Anhalt-Dessau und Anhalt-Köthen (1850) Art. 177 Abs. 1; Hamburg (1869) § 172 Abs. 1; Bremen (1870) § 184 Abs. 1 und Lübeck (1862) § 87 Abs. 3.

2) In den Kommissionsberatungen wurde "Schande" durch "Unehre" ersetzt; vgl. Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission (1. Lesung) bei Hahn, Materialien ZPO S. 918.

3) Motive S. 45 (Hahn, Materialien StPO I S. 108); vgl. auch oben S. 19 Fußn. 3 des Textes. Zu den Schwierigkeiten, genau zu bestimmen, was als "unehrenhaft" anzusehen ist, vgl. Strutz FamRZ 1967, 85 (85 f.).

4) Hahn, Materialien StPO I S. 590 ff.(Protokolle der Kommission).

setzes zum Ordnungswidrigkeitengesetz [1] eine derartige Ausdehnung der Bestimmung noch nicht einmal angedeutet ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist meines Erachtens richtig. Im Interesse der Strafrechtspflege kann man das Auskunftsverweigerungsrecht nicht so weit ausdehnen, will man nicht die Strafverfolgung in vielen Fällen unmöglich machen. In einem derart weiten Umfang ist eine Rücksichtnahme auf den einzelnen nicht gerechtfertigt [2]. Die allgemeine Meinung lehnt es daher zu Recht ab, im Falle der Schande oder Unehre eine Verfolgungsgefahr zu bejahen [3,4].

So hat die Strafprozeßordnung es auch nicht als ausreichend angesehen, daß der Zeuge sich durch seine

---

1) Vgl. oben S. 20 des Textes.
2) Vgl. hierzu aber § 68 a StPO: "Fragen nach Tatsachen, die dem Zeugen oder einer Person, die im Sinne des § 52 Abs. 1 sein Angehöriger ist, zur Unehre gereichen können, sollen nur gestellt werden, wenn es unerläßlich ist."
3) Beling, Lb. S. 306 Fußn. 3; Binding, Grundriß S. 161; Feisenberger § 55 Anm. 5; Geerds, Studien S. 174; Glaser, Hdb. I S. 519; Koeniger S. 364; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a; Kohlrausch § 55 Anm. 1; Kries S. 360; Rosenfeld S. 166 Fußn. 17; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 4 a; Stock S. 93.
4) In RG GA 43, 242 f. war der Zeuge belehrt worden, daß er die Frage nicht zu beantworten brauche, ob er mit seiner Ehefrau vor der Heirat im Konkubinat gelebt habe; er könne aber auch das Zeugnis vollständig verweigern. Diese Belehrung hatte das RG beanstandet, weil ein Konkubinat unverheirateter Personen nicht strafbar sei. --- Diese Entscheidung ist heute auch auf verheiratete Personen anwendbar, nachdem § 172 StGB (Ehebruch) durch das 1. StrRG v. 25.6.1969 (BGBl. I S. 645) Art. 1 Nr. 50 ersatzlos gestrichen worden ist; anders noch die beim damaligen Rechtszustand (Strafbarkeit des Ehebruchs) zutreffende Bemerkung des OLG Braunschweig in NJW 1954, 1052 (1053); vgl. für die Zeit vor der Streichung des § 172 StGB Wagner MDR 1959, 806 ff.

Aussage einem Vermögensnachteil aussetzen könnte. Demgegenüber war in den Prozeßordnungen der deutschen Länder vor 1877 zum Teil darauf Rücksicht genommen worden [1]. Daß diese weitergehenden Sonderregelungen dem Gesetzgeber bekannt waren, ergibt sich aus den Motiven, die diese Bestimmungen zitieren [2].Wenn die Motive diesen Gesichtspunkt dennoch nicht erwähnen [3], und auch in der Kommission nicht darüber gesprochen worden ist [4], so läßt das nur den Schluß zu, daß im Gegensatz zur Zivilprozeßordnung [5] die Regelung des Auskunftsverweigerungsrechtes nicht so weit ausgedehnt werden sollte. Ein Vermögensnachteil kann somit kein Auskunftsverweigerungsrecht begrün-[6]

---

1) Vgl. Preußische Kriminalordnung (1805) § 313 Nr.3: "Von der im § 312" (sc. Zeugnispflicht) "bestimmten Regel finden folgende Ausnahmen statt:
.....
3) Wenn die Entdeckung eines Geheimnisses erfordert wird, durch dessen Bekanntwerdung der Zeuge in seiner Kunst oder in seinem Gewerbe einen Schaden erleiden würde";
.....
Vgl. StPO Württemberg (1868) Art. 145 Abs. 1: "Dem Zeugen ist erlaubt, die Beantwortung einer Frage abzulehnen, wenn..... eine Erklärung über die Frage ihn selbst oder eine Person,...., der Gefahr der Bestrafung oder unmittelbarer schwerer Vermögensnachtheile aussetzen würde."
2) Motive S. 36, 39 (Hahn, Materialien StPO I S. 100, 102 f.).
3) Motive S. 43 ff. (Hahn, Materialien StPO I S. 106 ff.).
4) Hahn aaO S. 590 ff.
5) Vgl. Motive zur ZPO S. 253;(Hahn, Materialien ZPO I S. 312.)
6) Feisenberger § 55 Anm. 5; Binding, Grundriß S. 161; Geerds, Studien S. 174; Glaser, Hdb. I S. 519; Henkel (2. Aufl.) § 49 III 3; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1 d; Koeniger S. 364; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a; Kohlrausch § 55 Anm. 1; Rosenfeld S. 166 Fußn. 17; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 4 c.

den [1].

Ebenso ist zu entscheiden, wenn eine zivilgerichtliche Verurteilung [2], geschäftliche Schwierigkeiten [3] und der Verlust oder die Gefährdung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses in Frage stehen [4,5].

Die allgemeine Meinung im Schrifttum geht dahin, daß auch die Gefahr einer Disziplinarverfolgung nicht ausreiche, um das Auskunftsverweigerungsrecht zu begründen [6,7]. In der Rechtsprechung zu § 55 StPO ist diese Frage, soweit ersichtlich, bisher

---

1) Vgl. zum Zivilprozeß aber § 384 Nr. 1 ZPO, wonach es ausreicht, wenn die Aussage "einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde." Ein derartiger Schaden wird dann bejaht, wenn Tatsachen preisgegeben werden müßten, "die ohne weiteres die Grundlage eines Anspruchs bilden;" so Baumbach-Lauterbach § 384 Anm.2; RGZ 32, 381 (382 f.). Es wird aber auch als ausreichend angesehen, wenn die Aussage die Durchsetzung eines Anspruchs erleichterte (OLG Celle NJW 1953, 426; OLG Stuttgart NJW 1971, 945; Baumbach-Lauterbach aaO; a.A. RG aaO).

2) Rosenfeld aaO.

3) Rosenfeld S. 166 Fußn. 17.

4) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 4c; wohl auch Geerds, Studien S. 174; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1d; Kohlrausch § 55 Anm.1.

5) Der Zeuge kann durch den Ausschluß der Öffentlichkeit (§ 172 GVG) geschützt werden.

6) Binding, Grundriß S. 161; Geerds aaO; Glaser, Hdb. I S. 519; Feisenberger § 55 Anm.5; Feyock S. 10; Goldschmidt DJZ 1925, 328, der aber die Fassung des § 55 StPO insoweit für zu eng hält; Henkel (2. Aufl.) § 49 III 3; Koeniger S. 364; Kohlhaas aaO - die Formulierung ist aber ungenau und verwirrt daher; besser wäre: "Die Gefahr einer Disziplinarverfolgung reicht nicht aus (Eb. Schmidt 3; Müller-Sax 1d); ebensowenig die Gefahr einer Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG (a.A. von Weber JZ 1953, 297); Gerland S. 205; Kleinknecht § 55 Anm. 2; Kohlrausch aaO; Kries S.360; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 2d; Eb.Schmidt, Nachtrag II § 55 Anm. 4a; Schwarz § 55 Anm. 1B; Stock S. 93.

7) So auch im Zivilprozeß: Stephan in Zöller § 384 Anm. II 2; Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. I 2; Wieczorek § 384 Anm. B II c 1; RG JW 1895,478 (479) setzt disziplinarische Bestrafung nicht mit strafgerichtlicher Verfolgung, sondern mit Unehre gleich.

nicht erörtert worden [1]. Das Schrifttum beruft sich zur Begründung auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Sie mache deutlich, daß die Disziplinarverfolgung nicht von § 55 StPO erfaßt sei; der Text des Entwurfes sei nämlich von "Strafverfolgung" in "strafgerichtliche Verfolgung" abgewandelt worden und die damalige Fassung habe sich somit nur auf Verfahren vor Strafgerichten im Wege des Strafprozesses bezogen [2]. Daran hat sich durch die neue Fassung des § 55 StPO nichts geändert; auch die "Verfolgung wegen einer Straftat" erfolgt im Strafprozeß. Es war schon gezeigt worden, daß die Einfügung der Ordnungswidrigkeit keine Änderung des sachlichen Geltungsbereichs, sondern nur eine Klarstellung mit sich gebracht hat [3]. Auch wenn die Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit im Wege des Bußgeldverfahrens kein Strafverfahren ist [4], so kann aus der Neufassung des § 55 StPO nicht gefolgert werden, nun seien auch andere Verfahren strafähnlichen Charakters mit einzubeziehen. Richtig ist vielmehr die gegenteilige Schlußfolgerung, daß nämlich nur ein einziges nichtkriminelles Verfolgungsverfahren, das Bußgeldverfahren, in § 55 StPO

---

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß das Pr.Ob. Trib. in einer Entscheidung vom 13.10. 1865 es abgelehnt hatte, von einem Beamten ein Zeugnis über dessen pflichtwidriges Verhalten zu verlangen, "weil er dadurch gegen die Vorschriften des Gesetzes (§ 18 der VO v. 3.1.1849 - vgl. hierzu S. 13 Fußn. 3 des Textes) genötigt werden könnte, wider seinen Willen ein Bekenntnis einer, wenn auch nur disziplinarisch strafbaren Handlung gegen sich selbst abzulegen."

2) Vgl. hierzu die Protokolle der Kommission (2. Lesung), S. 1130 (Hahn, Materialien StPO II S. 1482); siehe oben S. 72 Fußn. 2 des Textes.

3) Vgl. oben S. 72 ff. des Textes.

4) BVerfGE 8, 197 (207); 27, 18 (28 ff.); Göhler vor § 1 Anm. 2.

eingefügt werden sollte. Das entspricht auch der Tatsache, daß in letzter Zeit zu Recht immer mehr der im Vergleich zum Strafverfahren [1] andersartige Charakter des Disziplinarverfahrens als Mittel, "Ordnung und Integrität des Beamtentums zu sichern"[2], betont wird. Seit der Novelle zur Bundesdisziplinarordnung [3] hat sich der Unterschied beider Verfahren auch im Wortlaut der disziplinarrechtlichen Bestimmungen niedergeschlagen [4]. Die Verfolgungsgefahr wegen einer Straftat droht daher nicht, wenn durch die Aussage nur ein Disziplinarverfahren ausgelöst werden könnte.
Aus demselben Grund kann auch ein drohendes Ehrengerichtsverfahren [5] nicht der Anlaß für das Auskunftsverweigerungsrecht sein [6].

Die insoweit zuungunsten des Zeugen erfolgte Abwägung zwischen den Interessen des Zeugen und denen

---

1) Vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) Einl. Kap. 5 Anm. 2: "Das Strafverfahren dient dazu, zur Verwirklichung des materiellen Strafrechts festzustellen, ob gegen eine bestimmte Person ein staatlicher Strafanspruch entstanden ist und besteht, bejahendenfalls die Schuld auszusprechen und die Unrechtsfolgen festzusetzen, verneinendenfalls den Beschuldigten aus dem Verfahren zu entlassen. Das Ziel des Verfahrens ist zunächst die Aufklärung des Sachverhalts, die Ermittlung der Wahrheit."
2) Claussen in Claussen/Janzen Einl.A Rn. 5; vgl.auch Wiese VwArch.56,203 ff., 354 (366 ff.); Eb.Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht S. 866 ff.; Maurach AT § 1 II C; Lochbrunner Rn.5; vgl. auch Schäfer in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) Einl.Kap.6 Anm.3.
3) Vgl. Abgeordnetenbericht zur Nov.67 (Bundestagsdrucksache V/1693) A II 1a: "Der Ausschuß hat die unterschiedliche Aufgabenstellung von Disziplinar- und Strafrecht stärker herausgearbeitet. Er hat dabei Bezeichnungen vorwiegend strafrechtlichen Charakters durch andere - dem Wesen des Disziplinarrechts gemäße ersetzt."
4) So sind z.B. Bezeichnungen wie "Beschuldigter" und "Disziplinarstrafe" durch "Beamter" und "Disziplinarmaßnahme" ersetzt worden; vgl.Art.I Nr.1d, e des Gesetzes zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts v.20.7.1967 (BGBl. I S. 725).
5) Z.B. gegen Rechtsanwälte gemäß §§ 113 ff. BRAO.
6) So auch Henkel (2. Aufl.) § 49 III 3; wohl auch Koeniger S. 364.

des Staates an der Verbrechensaufklärung kann den Betroffenen zugegebenermaßen in eine mißliche Lage bringen. Dem hat der Gesetzgeber aber in § 157 Abs. 1 StGB zum Teil Rechnung getragen, indem er eine Strafmilderung vorsieht für den Fall des Meineides oder anderer Aussagedelikte, wenn sie begangen wurden, um eine gerichtliche Bestrafung von sich oder einem Angehörigen abzuwenden. Denn das nach § 157 Abs. 1 StGB erforderliche Abwenden einer "gerichtlichen Bestrafung" umfaßt nach zutreffender herrschender Ansicht auch die Bestrafung durch Disziplinargerichte [1]; dasselbe muß auch für Ehrengerichte zutreffen.

2. Die Verfolgungsgefahr bei anderen Verfahren

Offen ist aber, ob nicht auch in anderen Verfahren "wegen einer Straftat" verfolgt und ob es bestimmte Verfahren gibt, die wegen ihrer Ähnlichkeit mit der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch zur Anwendung des § 55 StPO führen.

a. Jugendgerichtsverfahren

Ins Auge fällt dabei in erster Linie das Verfahren nach dem Jugendgerichtsgesetz. Rechtsprechung und Schrifttum haben in dieser Frage einmütig die gleiche Position bezogen. Denn nachdem der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 24.1.1956 [2] eine strafgerichtliche Verfolgung

---

1) BGH GA 1967, 52; BayObLGSt.1962, 9 (11); Maurach BT § 75 IV A 1b; Mezger in LK § 157 Anm.5; Pfeiffer-Maul-Schulte § 157 Anm. 6; Schönke-Schröder § 157 Rn. 7; Welzel § 77 IV 1 b; a.A. Dreher § 157 Anm. 2 Aa, der den Begriff "gerichtliche Bestrafung" i.S. von "strafgerichtlicher Bestrafung" versteht.

2) BGHSt 9, 34 ff.

im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO mindestens dann als gegeben angesehen hatte, wenn in einem auf die Verhängung eines Zuchtmittels nach §§ 13 ff. JGG abzielenden jugendgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit nicht auszuschließen war, daß auf Jugendarrest erkannt werden würde, hat das Schrifttum [1] dem Bundesgerichtshof zugestimmt, ohne sich aber um eine eigene Begründung zu bemühen. Der Bundesgerichtshof hat es in seiner Entscheidung als unmaßgeblich angesehen [2], daß der Jugendarrest "sachlichrechtlich nur als ein Zuchtmittel und nicht als eine Jugendstrafe ausgestaltet" ist; entscheidend sei vielmehr "Sinn und Zweck der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 55 StPO". Für den Zweck, dem Zeugen die innere Zwangslage wegen der Gefahr einer Verfolgung durch den Strafrichter zu ersparen, sei es unerheblich, ob gegen einen Erwachsenen auf Freiheitsstrafe oder gegen einen Jugendlichen auf Jugendarrest erkannt würde, beides sei eine Freiheitsentziehung. Der Jugendarrest diene "zwar in der Hauptsache der Erziehung, zugleich aber auch der Sühne für die Jugendstraftat" [3]. Deswegen wäre eine unterschiedliche Behandlung des Erwachsenen und des Jugendlichen ein "durchaus unbefriedigendes Ergebnis" und entspräche auch nicht den Er-

---

1) Bender § 16 Anm. 2; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 4; Geerds, Studien S. 174; Grethlein-Brunner § 13 Anm.4; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1d; Kleinknecht § 55 Anm.2; Koeniger S. 364; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Martin LM § 55 StPO Nr. 3; Niese JZ 1960, 565 (567); Riedel § 13 Anm. 2; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 5; Schwarz § 55 Anm. 1B; Dallinger-Lackner § 13 Rn. 14; Potrykus nimmt soweit ersichtlich zu dieser Frage nicht Stellung; bei der Entscheidung BayObLGSt. 1962,9 (11) handelt es sich um ein obiter dictum.
2) BGHSt. 9, 34 (36).
3) Vgl. § 13 Abs. 3 JGG und Bericht des Abg. Ewers - Bundestagsdrucksache I/4437 S. 2.

wägungen der früheren Rechtsprechung [1,2]. Kohlhaas scheint diese Entscheidung nun dahin aufzufassen, daß eine Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO deswegen anzunehmen sei, weil die vom Richter verhängte Maßnahme eine Freiheitsentziehung sei [3]. Der Bundesgerichtshof stellt nun aber die Freiheitsentziehung durch Jugendarrest nach dem Jugendgerichtsgesetz derjenigen nach dem allgemeinen Strafrecht gleich. Diesen Hinweis des Bundesgerichtshofes könnte man zusammen mit der Äußerung über den sühnenden Charakter des Jugendarrestes dahin verstehen, daß es darauf ankäme, ob die jeweiligen Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz als Strafen anzusehen sind. Diese bis heute nicht eindeutig geklärte Frage [4] kann meines Erachtens in diesem Zusammenhang offen bleiben, denn es ist falsch, von der Rechtsnatur der Reaktionsmittel des Jugendgerichtsgesetzes auszugehen. Genau so wenig wie die Schwere der Tat ist die Schwere der staatlichen Reaktion von Bedeutung.

So will denn auch Geerds [5] den § 55 StPO auch dann

1) BGH aaO S. 36 f.
2) Vgl. RGSt. 75, 279 ff. (Anrechnung der Untersuchungshaft auf Jugendarrest); BGHSt. 6, 394 ff. (Entziehung der Fahrerlaubnis eines Jugendlichen, auch wenn nur ein Zuchtmittel gegen ihn verhängt wird).
3) In Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a.
4) Die Einordnung der Zuchtmittel ist bis heute umstritten. Schaffstein S. 75 ff. sieht in ihnen sog. "Erziehungsstrafen", die nicht der Tatvergeltung dienen (vgl. auch Kleinknecht § 55 Anm.2; Potrykus § 5 Anm. 3; § 16 Anm. 1); a.A. ist die h.L., die die Zuchtmittel für Strafen im materiellen Sinne hält (vgl. Dallinger in Dallinger-Lackner § 13 Rn. 3 m.w.N.; Lange S. 55 ff.; Maurach AT § 69 A 3 m.w.N.); nach der Art des Zuchtmittels unterscheiden Jagusch LK Bd. 1 § 13 JGG Anm. 3; Riedel § 13 Anm. 1, der sich fälschlich auf BGHSt. 9, 34 ff. beruft.
5) Studien S. 174.

anwenden, wenn dem Zeugen oder seinem Angehörigen nur Erziehungsmaßregeln drohen [1], da es nicht auf Rechtsfolgen ankomme, die das Gesetz Strafen nenne [2].

Daß es falsch ist, die Freiheitsentziehung - wie der Bundesgerichtshof es tut - in den Mittelpunkt der Überlegungen zu rücken, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut [3]. In § 55 StPO wird von der Verfolgung wegen einer Straftat gesprochen, nicht aber von einer Freiheitsentziehung. Die Taten, mit denen sich das Jugendgericht zu befassen hat, sind aber Straftaten eines Jugendlichen. Das Jugendgerichtsgesetz selbst benutzt den Terminus "Straftat", obwohl es gleichzeitig als deren Folgen nicht nur Strafen, sondern auch Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel vorsieht. Der Charakter der Jugendstraftat als Straftat ändert sich nicht, sie bleibt ein "rechtswidriger, schuldhafter Verstoß gegen einen Straftatbestand des allgemeinen Rechts" [4]. Daß

---

1) Nach Geerds aaO kann damit das Jugendgerichtsverfahren insgesamt das Auskunftsverweigerungsrecht begründen; denn wenn schon eine Erziehungsmaßregel ausreicht, dann gilt das ebenso für die stärkere Reaktion des Staates durch ein Zuchtmittel.

2) Wohl auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Kleinknecht § 55 Anm. 2, der den Jugendarrest nur als Zuchtmittel ansieht und nicht als Strafe, und Eb. Schmidt, Nachtrag II, § 55 Rn. 5, der bemerkt, daß sich die Qualität des Verfahrens als eines "Strafverfahrens" nicht ändert, wenn ein Verfahren nach § 15 Abs. 1 StrafFreihG 1954 mit dem Ziel fortgesetzt wird, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel anzuordnen.

3) Die drohende Unterbringung nach einem landesrechtlichen UntGes (vgl. z.B. das UntGes-Berlin v. 5.6.1958 - GVBl. S. 521) führt zweifellos nicht zur Anwendung des § 55 StPO; zwar ist die Unterbringung eine Freiheitsentziehung, sie ist aber nicht die Folge einer "Straftat"; das Unterbringungsverfahren ist auch keine "strafgerichtliche Verfolgung".

4) Grethlein-Brunner § 5 Anm. 2.

das Gesetz je nach der Schwere der Tat mit unterschiedlichen Mitteln reagiert, beruht auf der Erkenntnis, daß es nichts nützt, wegen eines leichten Deliktes den Jugendlichen sofort einzusperren, daß vielmehr gezielte Erziehungsmaßregeln in solchen Fällen meistens eine bessere Wirkung zeigen. Diese Straftaten eines Jugendlichen werden aber vor dem Jugendgericht als Strafgericht verfolgt. Es handelt sich also - gebraucht man die alte Fassung des § 55 StPO [1] - um eine "strafgerichtliche Verfolgung". Allein auf diese Verfolgung durch den Strafrichter kommt es aber an [2]. Welche Maßnahmen das Jugendgericht kraft Gesetzes verhängen kann oder tatsächlich verhängen wird, ist ohne Bedeutung. Auch im Erwachsenenstrafrecht kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich eine Strafe verhängt werden kann. Eine "strafgerichtliche Verfolgung" oder "Verfolgung wegen einer Straftat" liegt auch vor, wenn das Gericht von Strafe absieht oder wenn es wegen erwiesener Unschuld freispricht.
Es ist daher richtig, daß Geerds [3] die "strafgerichtliche Verfolgung" auch dann bejaht, wenn nur Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel drohen [4].
Dabei ist aber darauf hinzuweisen, daß § 55 StPO im Falle des Jugendgerichtsverfahrens unmittelbar anzuwenden ist, da im Jugendgerichtsverfahren ein

---

1) Vgl. oben S. 18 Fußn. 6 des Textes.
2) Vgl. auch BGHSt. 9, 34 (36), wo auch auf die Verfolgung durch den Strafrichter abgestellt wird.
3) Studien S. 174.
4) Bennecke S. 323 Anm. 42 erwähnt, daß die Gefahr "vormundschaftlicher Unterbringung" nicht die Anwendung des § 55 StPO begründen könne. Das gilt auch für die Unterbringung nach einem landesrechtlichen UntGes; vgl. z.B. das UntGes-Berlin v. 5.6.1958 (GVBl. S. 521).

Jugendlicher strafgerichtlich verfolgt wird [1].

b. Maßregeln der Sicherung und Besserung und vorläufige Maßnahmen nach §§ 111a, 126a StPO

Zu überlegen ist auch, ob die Gefahr, mit einer Maßregel der Sicherung und Besserung belegt zu werden, für § 55 StPO ausreicht [2]. Denn es ist sehr fraglich, ob man überhaupt noch von der Verfolgung wegen einer Straftat sprechen kann, wenn, wie in den Fällen der §§ 42 b und 42 m StGB vorgesehen, mangels Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten gegen diesen nur eine Maßregel der Sicherung und Besserung verhängt werden wird.
Der Ausgangspunkt ist hier derselbe wie beim Jugendgerichtsverfahren. Entsprechend dem dort Gesagten ist es unzutreffend, auf die Form der staatlichen Reaktion abzustellen; somit ist es nicht wesentlich, daß es sich nur um Sicherungsmaßnahmen handelt. Die Maßregeln sind ausnahmslos nur dann möglich, wenn eine mit Strafe bedrohte Handlung bejaht werden kann, nur mit dem Unterschied, daß eine Be-

---

1) A.A. wohl Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 5, der die Verfolgung eines Jugendlichen der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit nur gleichstellt. So wohl auch Geerds, Studien S. 174, wenn er schreibt: "In diesem Zusammenhang wird der Begriff "strafgerichtliche Verfolgung" weit ausgelegt. So kommt es beispielsweise nicht darauf an, ob Rechtsfolgen drohen, die das Gesetz Strafen nennt. Außer Maßregeln der Sicherung und Besserung genügen hier auch Zuchtmittel und Erziehungsmaßregeln des Jugendgerichtsgesetzes." - Solange eindeutig die Verfolgung wegen einer Straftat vorliegt, handelt es sich noch nicht um eine Auslegungsfrage.
2) So Geerds, Studien S. 174; im übrigen Schrifttum wird diese Frage nicht erwähnt.

strafung wegen der fehlenden Zurechnungsfähigkeit nicht erfolgen darf. Ob die Verhängung einer Strafe erfolgt, ist nicht wesentlich. Denn das Verfahren findet immer noch wegen einer Straftat statt; dann liegt aber auch eine Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO vor, da ihr eine Handlung zugrunde liegt, die als kriminelles Unrecht vom Gesetzgeber eingestuft worden ist. Der Freispruch erfolgt ja auch nicht deswegen, weil der Betroffene überhaupt nichts getan hat, sondern weil er nicht schuldhaft gehandelt hat, ihm also kein sittlicher Vorwurf gemacht werden kann. Dann kann es aber auch keinen Unterschied machen, ob die Staatsanwaltschaft die fehlende Zurechnungsfähigkeit schon im Laufe der Ermittlungen erkennt oder nicht. Wollte man hier unterscheiden, würde das zu ungerechtfertigten Bevorteilungen desjenigen führen, dessen Zurechnungsunfähigkeit sich erst im Laufe des Verfahrens herausstellt.

Dasselbe gilt auch für das Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. StPO. Zwar wird der Beschuldigte in diesem Verfahren nicht freigesprochen oder verurteilt wie im eigentlichen Strafverfahren, es wird vielmehr nur auf Unterbringung erkannt. Aber im Zusammenhang mit § 55 StPO kommt es nicht auf die Unterscheidung zwischen Strafverfahren und Sicherungsverfahren an. Auch das Sicherungsverfahren ist eine Art der "strafgerichtlichen Verfolgung"; denn der Anknüpfungspunkt ist notwendigerweise [1] eine mit Strafe bedrohte Handlung; und wer das Sicherungsverfahren betreibt ist die Strafgerichtsbarkeit. Außerdem: In demjenigen Zeitpunkt, mit

---

1) Anders im Unterbringungsverfahren, z.B. nach dem Berliner Gesetz über Unterbringung von Geisteskranken und Süchtigen (Unterbringungsgesetz) vom 5.6.1958 (GVBl. S. 521).

dem es diese Erörterung zu tun hat, nämlich in dem Augenblick zwischen der Frage an den Zeugen und seiner Antwort, geht es ja nur um die "Gefahr". Da sich in diesem entscheidenden Augenblick kaum jemals wird abschließend entscheiden lassen, ob der Zeuge für das, was er bekunden müßte, zurechnungsfähig ist oder nicht, wird man die "Gefahr" wohl regelmäßig bejahen müssen.

Zweifelhaft ist es, ob auch die vorläufigen Maßnahmen nach §§ 111a und 126a StPO das Auskunftsverweigerungsrecht verursachen können. Da es sich bei diesen Anordnungen eindeutig um Präventivmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden handelt [1], könnte man die Auffassung vertreten, die Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit sei noch nicht eingetreten. Auf den präventiven Charakter kann es aber genau so wenig ankommen wie auf den Erziehungscharakter einzelner Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz [2]. Die Anordnungen nach § 111a und § 126a StPO sind ebenso wie der Haftbefehl Teile der Strafverfolgung; es ist daher nicht gerechtfertigt, sie anders zu behandeln als die Strafverfolgung im Rahmen der Hauptvernandlung. Wenn es darum geht, den § 55 StPO anzuwenden, befinden sich die Richter immer im Bereich der Prognose. Es ist daher nicht möglich, die Gefahr einer vorbeugenden Anordnung zum Beispiel zu bejahen, die Gefahr einer Hauptverhandlung aber zu verneinen oder umgekenrt. Drohen somit vorbeugende Anordnungen, so kann der Zeuge sich auf § 55 StPO berufen.

---

1) Kleinknecht § 111a Anm. 1; § 126a Anm. 1; Sax in Müller-Sax (KMR) § 111a Anm. 1; Eb. Schmidt, Nachtrag I § 111a Rn. 3; § 126a Rn. 3, vgl. aber auch Rn. 6.
2) Vgl. oben S. 82 ff. des Textes.

c. Verfahren nach dem Grundgesetz und den Verfassungen der Bundesländer

Nach dem Grundgesetz und einer Reihe von Länderverfassungen ist es möglich, gegen bestimmte Amts- und Mandatsträger vor den Verfassungsgerichten des Bundes oder der Länder Anklage zu erheben [1], die auf Verletzung der Verfassung oder eines Gesetzes, Mißbrauchs des Amtes oder Mandats sowie auf Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung lauten kann [2]. So können der Bundespräsident [3], Mitglieder der Landesregierungen [4], Abgeordnete [5] und auch Richter des Bundes und der Länder [6] von derartigen Verfahren betroffen sein. Auch gegen den einzelnen Bürger kennt das Grundgesetz beim Mißbrauch der Grundrechte ein Verfahren auf Aberkennung der Grundrechte [7].
§ 55 StPO kann, wenn ein derartiges Verfahren droht, nicht unmittelbar angewandt werden; das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift: Alle diese Anklagen betreffen weder eine Straftat noch eine Ordnungswidrigkeit. Eb. Schmidt ist nun aber

---

1) Anklageberechtigt sind in der Regel die gesetzgebenden Körperschaften.
2) Die Gründe, die zur Anklageerhebung führen können, sind in den einzelnen Verfassungen nicht einheitlich geregelt.
3) Art. 61 GG.
4) Verf.Baden-Württemberg Art. 57; Verf. Bayern Art. 59, die auch Staatssekretäre mit einbezieht; Verf.Berlin Art. 72; Verf. Bremen Art. 111; Verf. Niedersachsen Art. 31; Verf. Nordrhein-Westfalen Art. 63; Verf.Rheinland-Pfalz Art. 131; Verf.Saarland Art. 96.
5) Verf. Bayern Art. 61 Abs. 1,3; Verf. Niedersachsen Art. 13; Verf. Saarland Art. 87.
6) GG Art. 98 Abs. 2 ; Verf. Baden-Württemberg Art. 66 Abs. 2; Verf. Berlin Art. 72 Abs. 2 (nur die gewählten Richter sind betroffen); Verf. Bremen Art. 136 Abs. 3; Verf. Hamburg Art. 63 Abs. 3; Verf. Hessen Art. 127 Abs. 4; Verf.Niedersachsen Art. 40; Verf. Nordrhein-Westfalen Art. 73; Verf. Rheinland-Pfalz Art. 132; Verf. Schleswig-Holstein Art. 36 Abs. 2.
7) Art. 18 GG.

der Meinung, daß diese Verfahren der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gleichzustellen seien [1].

aa. Bundespräsidenten-, Abgeordneten- und Ministeranklage

Eine Begründung dafür, daß diese Behauptung für das Verfahren der Präsidentenanklage (Art. 61 GG) vor dem Bundesverfassungsgericht [2] zutreffen soll, gibt Eb. Schmidt aber nicht [3]. Bedenkt man, daß dieses Verfahren im Grundgesetz und im Bundesverfassungsgerichtsgesetz geregelt ist, so erscheint es richtiger, das Verfahren nach Art. 61 GG nicht der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gleichzustellen.

Das Vorbild zu Art. 61 GG bildet der Art. 59 Weimarer Reichsverfassung [4]. Anschütz [5] vertrat zu Art. 59 WRV die Auffassung, die dort geregelte Präsidentenanklage sei "keine Straf- und auch keine Zivilklage, sie habe überhaupt nichts mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu tun". Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte [6] hielt er das Recht zur Geltendmachung des staatlichen Straf- bzw. privaten Ersatzanspruches vor den ordentlichen Straf- und Zivilgerichten für unberührt [7].

---

1) Nachtrag II § 55 Rn. 6 ff.
2) BVerfGG §§ 13 Nr. 4; 49 ff.
3) aaO Rn. 6.
4) WRV v.11.8.1919 (RGBl. S.1383); nach Art. 59 WRV war der Reichstag berechtigt, den Reichspräsidenten, den Reichskanzler und die Reichsminister vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich anzuklagen, sie hätten schuldhafterweise die Reichsverfassung oder ein Reichsgesetz verletzt.
5) Art. 59 Anm. 3.
6) Protokolle Verfassungsausschuß S. 305,306,461, 162.
7) Dies ergab sich auch aus § 10 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof (StGHG) v.9.7.1921 (RGBl.S. 905), wonach der Staatsgerichtshof bei einem parallel verlaufenden Strafverfahren entweder die Aussetzung seines Verfahrens oder die des Strafverfahrens bis zur Erledigung des jeweils nicht ausgesetzten Verfahrens anordnen konnte.

Wenn auch diese Auffassung nie völlige Zustimmung fand[1], so konnte doch Drath in seinem Referat auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1950 in München zur Ministeranklage [2] feststellen, daß diese "stets als Verfassungskonflikt" betrachtet worden sei [3]. So überrascht es nicht, daß die überwiegende Meinung im Schrifttum zum Grundgesetz und zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz [4] in der Präsidentenanklage ein Verfahren sieht, "das dem Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung dient und vom Gedanken des Verfassungsschutzes getragen wird"[5]. Zwar werden zum Teil die Gewichte etwas anders verteilt [6], einig ist man sich aber darin, daß die Präsidentenanklage nicht strafrechtlichen, sondern verfassungsrechtlichen Charakter hat. Dem widerspricht es auch nicht, daß Lechner einerseits den verfassungsrechtlichen Cha-

---

1) So zog Friesenhahn HdbDStR II S. 523 (526) entgegen Anschütz eine Parallele zum Disziplinarverfahren; nach Meyer-Anschütz S. 801 hatte die Anklage gemäß Art. 59 WRV strafrechtlichen Charakter.
2) Art. 59 WRV.
3) VVDStRL 9, 17 (25).
4) Da ein derartiges Verfahren bisher im Bund noch nicht durchgeführt wurde, besteht keine Rspr. hierzu - vgl. Leibholz-Rinck Art. 61 GG.
5) So v.Mangoldt-Klein Art. 61 Anm. III 1; v.Mangoldt Art. 61 Anm. 2; Menzel in Bonner Kommentar Art. 61 Anm. II 1; Lechner § 51 Anm. 1; Geiger Vorbem. 2 vor § 49; vgl. auch Klems S. 32: Rechtliche Verantwortlichkeit in Art. 61.
6) Leibholz-Rupprecht (Vorbem. vor § 49) verneinen zwar den strafrechtlichen und bejahen den verfassungsrechtlichen Charakter der Präsidentenanklage, die nach ihnen aber nicht nur als Mittel zur Lösung von Verfassungskonflikten ohne rechtlichen Bezug auf die Person des jeweiligen Bundespräsidenten dienen soll. Nach anderen Autoren ist das Verfahren nach Art. 61 GG überhaupt kein Mittel zur Lösung verfassungsrechtlicher Konflikte; sie stellen vielmehr die Ahndung einer politischen individuellen Handlung in den Vordergrund; vgl. Maunz in Maunz-Dürig Art. 61 Rn. 2; ders. in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Rn. 34; Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 61 Rn. 1.

rakter hervorhebt [1], andererseits aber die Präsidentenanklage [2] als "quasi-strafrechtliches" Verfahren bezeichnet [3], denn Lechner sagt damit doch gerade, daß es sich eben nicht um ein Strafverfahren handelt [4,5]. Demgegenüber hat Friesenhahn gemeint, der Ausspruch der schuldhaften Verletzung von Verfassung, Gesetz oder Abgeordnetenpflichten sei "ein autoritatives und öffentliches Unwerturteil, das den Begriff der Strafe erfülle", auch wenn daneben noch eine Bestrafung nach den allgemeinen Strafgesetzen möglich sei [6]. Von Weber [7] sieht ebenfalls in den Sanktionen, die das Bundesverfassungsgericht aussprechen kann, eine Strafe im materiellen Sinne und beruft sich dabei auf die Terminologie des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes [8]. Daß der Gesetzgeber im Bundesverfassungsgerichtsgesetz strafrechtliche Begriffe benutzt hat, mag ein Anzeichen für die rechtliche Wertung sein, kann aber letzten Endes nicht den Ausschlag geben für die rechtliche Einordnung. Gerade das die Ansicht v.We-

---

1) § 51 Anm. 1.
2) Das betrifft auch die Verwirkung von Grundrechten, die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Parteien und die Richteranklage.
3) Einl. Anm. 5a.
4) Es bestehen eben nur gewisse Berührungspunkte.
5) Den von Klein - in v.Mangoldt-Klein Art. 61 Anm. III 1 - bemängelten Widerspruch bei Lechner, kann ich nicht als so entscheidend ansehen.
6) Festschrift S. 21 (46 f.); vgl. aber Binding, Gegenzeichnung S. 400 f., der in erster Linie von einem "Unfähigkeitsurteil" und nur im Falle des Verschuldens auch von einem "Unwerturteil" spricht.
7) JZ 1953, 293.
8) Vgl. "Anklage" in §§ 49, 50, 52, 53, 55 BVerfGG; "Verteidigung" gegen die Anklage in § 55 Abs.6; der in Art. 61 GG vorgesehene Amtsverlust soll §§ 33, 35 StGB a.F. (jetzt § 31 StGB n.F.) entsprechen; das angeblich in § 56 Abs. 2 BVerfGG bestimmte "von Strafe absehen" ist nicht im Gesetz vorgesehen.

bers angeblich stützende Argument, daß nämlich das Ausscheiden des Bundespräsidenten aus seinem Amt die Einleitung und Durchführung des Verfahrens nicht hindere [1], spricht aber, wie Menzel zutreffend ausführt [2], gegen den strafrechtlichen Charakter des Verfahrens, das sich also gerade nicht gegen die Persönlichkeit des jeweiligen Bundespräsidenten richtet, sondern den Organträger betrifft und die verfassungsrechtliche Seite des Verhaltens, das in Frage steht, klären soll. Die Sanktion des Amtsverlustes wird nicht wegen kriminellen Unrechts verhängt, sondern wegen der Nichteinhaltung der dem Bundespräsidenten durch die Verfassung auferlegten Pflichten, wie sie sich im Amtseid nach Art. 56 GG widerspiegeln. Art. 61 GG dient somit der Sicherung der Verfassung und der in ihr niedergelegten staatlichen Ordnung [3]. Daß es sich im Falle des Art. 61 GG nicht um kriminelles Unrecht handelt, ergibt sich meiner Meinung nach auch aus der Tatsache, daß nicht jeder Gesetzesverstoß im Sinne des Art. 61 GG relevant ist. In Art. 61 GG ist nur dasjenige Verhalten des Bundespräsidenten gemeint, das eminente politische Auswirkungen mit sich bringt [4]. Eine Argumenta-

---

1) Vgl. § 51 BVerfGG.
2) In Bonner Kommentar Art. 61 Anm. II 1.
3) Hamann in Hamann-Lenz Art. 61 hält die praktische Bedeutung der Bestimmung aber für sehr gering; Koellreutter § 31, 2 hat erhebliche Zweifel an der Berechtigung, daß man "dieses papierne Schwert nochmals aus der verfassungsrechtlichen Mottenkiste herausholte".
4) Menzel in Bonner Kommentar Art. 61 Anm. II 3b; Giese-Schunck Art. 61 Anm. II 2; v.Mangoldt-Klein Art. 61 Anm. II 2b; Maunz in Maunz-Dürig Art. 61 Rn. 4; vgl. auch Geiger Vorbem. 3 vor § 49; Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 61 Rn. 3; Maunz in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Rn. 35; vgl. schon Protokolle Verfassungsausschuß S. 306; vgl. aber BGHSt. 17, 128 (135).

tion mit der Schwere der vom Grundgesetz vorgesehenen Rechtsfolgen [1] greift nicht durch, da § 55 StPO nicht auf die Schwere der staatlichen Reaktion, sondern auf die Verfolgung in einem Strafverfahren abstellt [2]. Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ist auch nicht die einzige Möglichkeit, den Bundespräsidenten gerichtlich zu verfolgen, so daß man dieses Verfahren vielleicht deswegen der Strafverfolgung gleichstellen müßte. Ein Verfahren verfassungsrechtlicher Art kann nämlich nicht auf Verfahren vor den Straf- oder Zivilgerichten einwirken [3,4]. Art. 103 Abs. 3 GG steht dem Nebeneinander mehrerer Verfahren nicht entgegen, da eine Bestrafung auf Grund der allgemeinen Strafgesetze [5] bei dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 61 GG nicht vorliegt.

Träfe die Ansicht Eb. Schmidts zu, so würde der Bundespräsident unter Berufung auf § 55 StPO Tatsachen verschweigen können, die wegen des in ihnen enthaltenen Verstoßes gegen das Grundgesetz verfassungsrechtlich von größter Bedeutung

---

1) Der Bundespräsident kann aus dem Amt entfernt werden.
2) Ein den Betroffenen schwer beeinträchtigendes Disziplinarverfahren würde auch nicht zur Anwendung des § 55 StPO führen, da ein Strafverfahren eben nicht vorliegt.
3) Maunz aaO Art. 61 Rn. 6; ders. aaO § 13 Rn. 36; Menzel aaO Anm. II 4; Klein aaO Rn. 7; v. Mangoldt-Klein Art. 61 Anm. III 1; schon Anschütz Art. 59 Anm. 3; so auch Friesenhahn, Festschrift S. 47.
4) Vgl. schon § 10 StGHG.
5) Vgl. hierzu Dürig in Maunz-Dürig Art. 103 Rn. 128; Holtkotten in Bonner Kommentar Art.103 Anm. I(zur Entstehungsgeschichte) und II 4 b; v. Mangoldt Art. 104 Anm. 4.

wären [1]. Wenn beim Disziplinarverfahren keine Verfolgung wegen einer Straftat gegeben ist [2], dann ist es nicht zwingend geboten, die Präsidentenanklage anders zu behandeln als das Disziplinarverfahren. Auch im Disziplinarrecht kann nach §§ 5 Abs. 1, 11 Bundesdisziplinarordnung [3] auf Entfernung aus dem Dienst erkannt werden. Meines Erachtens hat der Gesetzgeber mit der Ausklammerung der Disziplinarverfahren einen deutlichen Trennungsstrich gezogen. Neben dem Recht des Einzelnen, sich oder einen Angehörigen nicht belasten zu müssen, das im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit anerkannt wird, bestehen staatliche Bereiche, die vor dem Recht des Einzelnen nicht zurücktreten. Die Disziplinarverfahren aus dem Bereich des § 55 StPO auszuschließen, entspricht dem Interesse des Staates an der Integrität des Beamtentums. Das gleiche Interesse besteht für den Staat bei einem Organwalter wie dem Bundespräsidenten. Gerade um die aus dieser Interessenlage des Staates und etwaigen Verstößen gegen Verfassung und Gesetz entstehenden Kollisionen zu klären und zu bereinigen, ist Art.61 GG geschaffen worden. Es ist daher durchaus berechtigt, wenn dieser Bereich vom Auskunftsverweigerungsrecht nicht erfaßt wird.

---

1) Eine derartige Situation ist aber kaum vorstellbar. Der Bundespräsident müßte in die Zwangslage gekommen sein, zu lügen oder eine Verletzung des Grundgesetzes zuzugeben; es müßte sich somit um eine hochpolitische, aber noch unbekannte Angelegenheit handeln, bei deren Bekanntwerden zwei Drittel der Bundestagsabgeordneten oder der Stimmen des Bundesrats eine Anklage beschließen. So fragt man sich, welches strafbare Verhalten dem Angeklagten vorgeworfen werden müßte, damit der Bundespräsident in die Lage kommen könnte, solche bisher unbekannten Geheimnisse mitteilen zu müssen. Die Aussage dürfte auch keine Gefahr für das Wohl des Bundes oder eines Landes beinhalten oder eine noch so geringfügige Straftat oder Ordnungswidrigkeit berühren, da sonst § 54 Abs.3 StPO oder § 55 StPO dem Bundespräsidenten Verweigerungsrechte gäben.
2) So auch Eb. Schmidt, Nachtr. II § 55 Rn. 4a.
3) So auch die Disziplinarordnung der einzelnen Bundesländer; vgl.z.B. LDO für Berlin v.8.5.1969 (GVBl. S. 515) §§ 5 Abs. 1, 11.

Der Bundesgerichtshof hat nun jedoch in einem Urteil vom 19.2.1960 [1] ausgeführt, die Anklage gegen einen Abgeordneten oder Minister nach Art. 59, 61 der Bayerischen Verfassung sei der Gefahr gleichzuachten, "sich im Falle wahrheitsgemäßer Aussage einer strafgerichtlichen Verfolgung auszusetzen" [2]. Der erkennende Senat hat zwar ausdrücklich klargestellt, daß das Verfahren nicht mit einer kriminellen Strafe hätte enden können, er meint aber, eine Verurteilung hätte "doch für den Betroffenen in seiner Stellung und Geltung nicht weniger einschneidende Folgen als die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung für den Verurteilten üblicherweise zur Folge hat" [3]. Diese Entscheidung [4] hat im Schrifttum Zustimmung gefunden, ohne daß dies näher begründet wird [5].
Die Entscheidung kann in diesem Zusammenhang erörtert werden, weil die Präsidenten- und die Ministeranklage aus derselben Wurzel stammen, wie Art. 59 WRV zeigt, wo beide Anklagen gleichbehandelt werden. Daß nach Ansicht des Bundesgerichtshofes die Abgeordnetenanklage nicht anders als die Ministeranklage zu behandeln ist, trifft zu. Zwar hat die Abgeordnetenanklage andere Aufgaben als die Präsidenten- oder Ministeranklage, da sie die einwandfreie Willensbildung des Parlaments schützen und sicherstellen soll [6]. Allen diesen Anklageverfahren ist

1) BGHSt. 17, 128 ff.
2) BGHSt. 17, 128 (135).
3) BGH aaO.
4) Dasselbe Ergebnis wird man auch für die Anklageverfahren der anderen Länder annehmen können.
5) Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 6; Kleinknecht § 55 Anm. 2; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a; Geerds, Studien S. 174; Wagner NJW 1960, 1936 (1937 f.); wohl auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d.
6) Drath VVDStRL 9, 17 (31 ff.).

aber gemeinsam die beabsichtigte Sicherung des Staates vor verfassungsfeindlichem Verhalten seiner entscheidungsberechtigten Repräsentanten; das kann - genauso wie bei Art. 18 GG [1] - mit dem Schlagwort der "abwehrbereiten Demokratie" bezeichnet werden. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes überzeugt aber weder vom Ergebnis noch von der Begründung her. Der Bundesgerichtshof argumentiert vom Ergebnis aus. Daß der Verlust des Amtes oder Mandates ein schwerwiegender Eingriff in die Lebensstellung des Betroffenen ist, trifft zu. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß ein Disziplinarverfahren ebenso einschneidende Wirkung auf die Lebensstellung und Geltung haben kann, ohne daß die erheblichen Folgen aber dazu führen, das Disziplinarverfahren dem Strafverfahren im Rahmen des § 55 StPO gleichzustellen. Die weite Auslegung durch den Bundesgerichtshof ist weder mit der Entstehungsgeschichte noch dem Sinn dieser Vorschriften vereinbar, da die Annahme kriminellen Unrechts beim Vorliegen der verfassungsrechtlichen Anklagetatbestände bei allen bisher erwähnten Verfahren [2] ganz entschieden abzulehnen ist. Der Betroffene wird auch nicht in unzumutbarer Weise belastet. Solange sich der Verstoß rein in verfassungsrechtlichem Rahmen hält, ist es ihm im Interesse des Staates und der Allgemeinheit zuzumuten, daß er die geforderte Auskunft erteilt. Man wird davon ausgehen können, daß die rein verfassungsrechtlichen Verstöße, die nur die Präsidenten-, Minister- oder Abgeordnetenanklage und keine Verfolgung wegen einer Straftat hervorrufen und somit das Recht des § 55 StPO nicht unmittelbar begründen, ganz selten, wenn nicht sogar undenkbar sein

---

1) Dürig in Maunz-Dürig Art. 18 Rn. 6; vgl. auch v. Mangoldt-Klein Art. 18 Anm. II 2 und Wernicke in Bonner Kommentar Art. 18 Anm. II.

2) Also Bundespräsidenten-, Minister- und Abgeordnetenanklage.

werden [1]. Das Urteil des Bundesgerichtshofes behandelte ein Meineidsverfahren im Zusammenhang mit der Affaire um die Erteilung von Spielbankenkonzessionen in Bayern, in der einer Reihe von Abgeordneten und Ministern schwerwiegende Vorwürfe gemacht wurden, so daß strafrechtliche Verfahren durchaus möglich waren. Tritt aber das strafrechtliche Element hinzu, so kann der Zeuge selbstverständlich wieder das Recht aus § 55 StPO in Anspruch nehmen [2]. Das trifft jedoch nicht zu, wenn nur eine verfassungsrechtliche Klage vor dem Bundes- oder einem Landesverfassungsgericht in Frage steht. Im Zweifel wird der Bundespräsident außerdem von seinem Recht aus § 54 Abs.3 StPO zur Zeugnisverweigerung Gebrauch machen.

Meiner Meinung nach kann man daher bei der bestehenden Fassung des § 55 StPO weder die Präsidentenanklage nach Art. 61 GG noch die Minister- oder Abgeordnetenanklage nach den Länderverfassungen der Gefahr, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, gleichstellen. [3]

---

1) Vgl. S. 96 Fußn. 1.
2) So hatte denn auch der Bundesgerichtshof - von seinem Standpunkt folgerichtig - das Verfahren des Landgerichts deswegen beanstandet, weil die Zeugen zwar über das Auskunftsverweigerungsrecht wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung belehrt worden waren, nicht aber über das Auskunftsverweigerungsrecht wegen der Gefahr, sich einer Abgeordneten- oder Ministeranklage auszusetzen.
3) Dieser Ansicht folgt auch der bayerische Gesetzgeber, der in Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtages v.23.3.1970 (BayGVBl. 1970, 95 ff.) ausdrücklich anordnet, daß bei der Vernehmung durch Untersuchungsausschüsse § 55 StPO entsprechend anzuwenden ist, wenn die Gefahr einer Abgeordneten- oder Ministeranklage besteht.
Art. 14 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtages lautet:
"(1) Die durch den Untersuchungsausschuß zu ver-

(Fortsetzung S.100)

bb. Richteranklage

Auch die Richteranklage, die Art. 98 Abs. 2 GG [1] und einige Landesverfassungen vorsehen [2,3], könnte einer Strafverfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit entsprechen [4]. Nur Eb. Schmidt erwähnt diese Frage - nach ihm soll § 55 StPO anzuwenden sein -, gibt aber auch hier kaum eine Begründung für seine Ansicht [5]. Er verweist nur auf die Verwendung des Ausdruckes "Freispruch" in § 59 Abs. 1 BVerfGG und hält eine strafprozeßrechtliche Analogie auch dann nicht für bedingungslos abgelehnt, wenn man die Richteranklage in erster Linie nicht

---

nehmenden Zeugen sind vor ihrer Vernehmung gemäß den §§ 55 und 57 StPO zu belehren und zu ermahnen.
(2) Abgeordnete oder Mitglieder der Staatsregierung sind in entsprechender Anwendung des § 55 StPO darauf hinzuweisen, daß sie auch die Auskunft auf solche Fragen verweigern können, bei deren wahrheitsgemäßer Beantwortung sie sich der Gefahr einer Abgeordneten- oder Ministerklage aussetzen würden.
(3) Die Vorschriften der §§ 53 und 53 a StPO über weitere Zeugnisverweigerungsrechte finden Anwendung."

1) Das Verfahren ist in BVerfGG §§ 58 ff. geregelt.
2) Verf.Baden-Württemberg Art. 66 Abs. 2; Verf.Berlin Art. 72 Abs.2; Verf.Bremen Art. 136 Abs.3,138; Verf.Hamburg Art. 63 Abs.3 und 4; Verf.Hessen Art. 127 Abs. 4; Verf.Niedersachsen Art. 40; Verf. Nordrhein-Westfalen Art. 73; Verf.Rheinland-Pfalz Art.132; Verf.Schleswig-Holstein Art.36 Abs.2. Dabei ist aber zu beachten, daß die Bestimmungen in Berlin, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz, die eine Anklage vor dem jeweiligen Verfassungsgericht vorsehen, durch Art. 98 Abs. 2 und 5, 31 GG insoweit außer Kraft getreten sind, als nicht das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung berufen ist; - vgl. Holtkotten in Bonner Kommentar Art. 98 Anm. II C 4c; Lechner § 13 Ziff.9 Anm.7c; Maunz in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Rn. 52.
3) Vgl. hierzu allgemein Klems, Diss. und Eb.Schmidt, Politische Rechtsbeugung.
4) So Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 8.
5) Möglicherweise möchte er ähnlich wie bei der von ihm unmittelbar zuvor behandelten Frage der Verwirkung von Grundrechten (vgl. Nachtrag II § 55 Rn. 7) auf die Tragweite und Schwere des Eingriffs abstellen. Eine derartige Auffassung könnte man aus der Reihenfolge der behandelten Fragen ableiten, ohne daß dies aber als sicher gelten kann.

von einem strafrechtlichen oder dienststrafrechtlichen Gesichtspunkt aus wertet [1]. Das reicht aber zur überzeugenden Begründung nicht aus, da zum Beispiel unklar bleibt, wie weit denn die strafprozeßrechtliche Analogie gehen soll und wie weit sie überhaupt gehen muß, um § 55 StPO bejahen zu können. Auch Eb. Schmidt hält das Verfahren der Richteranklage weder für ein Strafverfahren noch ein Disziplinarverfahren; er sieht es vielmehr als "Verfahren eigener Art" an [2]. Für ihn handelt es sich hierbei um einen Ausdruck der politischen Verantwortung des Richters [3]. Mit dieser Aussage entzieht er aber seinem Ergebnis die Grundlage. Prüft man nämlich das verfassungsrechtliche Schrifttum im Hinblick auf die Frage nach Sinn und Zweck des Richteranklageverfahrens, so wird zwar zum Teil, ähnlich wie bei Eb. Schmidt, darauf hingewiesen, daß auf diese Weise "die staatspolitische Verantwortung des Richters" realisiert werde [4]; andere meinen demgegenüber, daß es sich um eine staats- oder verfassungsrechtliche Verantwortung handele [5]. Diese unterschiedlichen Formulierungen sind aber nicht mit dem von Klems [6] deutlich

---

1) Wie z.B. Leibholz-Rupprecht Vorbem. 1 vor § 58: "Die Richteranklage ist nicht in erster Linie vom strafrechtlichen oder dienststrafrechtlichen Gesichtspunkt her zu werten. Sie ist das verfassungsmäßige Institut der politischen Verantwortlichmachung des Richters. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt ihr nicht zu. Nicht die Gesinnung des Richters steht zur Prüfung, sondern seine in einzelnen Akten zutage tretende Verhaltensweise."
2) Nachtrag II § 55 Rn. 8.
3) Teil I Rn. 534.
4) Maunz in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Rn. 53; W.Weber, Festschrift S. 262 f.; Leibholz-Rupprecht aaO; Holtkotten in Bonner Kommentar Art. 98 Anm. II C. 1 c.
5) Bettermann, Hdb. der Grundrechte S. 585; v.Mangoldt Art. 98 Anm. 4; Hamann in Hamann-Lenz Art. 98 Anm.B 3; Stern DVBl. 1963, 696 (700); Böhm S. 290; Klems S. 36 ff.
6) Klems S. 28 ff.

herausgestellten Gegensatz von rechtlicher und politisch-parlamentarischer Verantwortlichkeit, an die Eb. Schmidt denkt, gleichzustellen. Dies ergibt sich schon aus Hamanns [1] vorsichtiger Kritik an Holtkotten [2], daß "zumindest die Formulierung bedenklich sei" [3], wenn man von "politischer Verantwortlichkeit" spreche; es zeigt sich auch bei Lechners parallelem Gebrauch der Begriffe "politische Verantwortung" [4] und "staatsrechtliche Verantwortung" [5] sowie der Kritik Holtkottens [6] an der Auffassung Zinns, der in der Richteranklage das Stellen der Vertrauensfrage gegenüber dem Richter als dem verfassungsmäßigen Repräsentanten der rechtsprechenden Gewalt sieht [7,8]. So ist man sich einig, daß hier ein Mittel eigener Art vorliegt, das nicht unter straf- oder dienstrechtlichen Gesichtspunkten ge-

---

1) In Hamann-Lenz Art. 98 Anm. B 3.
2) In Bonner Kommentar Art. 98 Anm. II C 1c, der von "politischer Verantwortlichkeit" spricht.
3) Gemeint ist die unter Fußn. 1 auf S. 101 des Textes angeführte Meinung.
4) § 13 Ziff. 9 Anm. 2.
5) § 58 Anm. 2.
6) In Bonner Kommentar Art. 98 Anm. II C 1b, c.
7) 37. DJT S. 61; so hat schon Eb. Schmidt, Politische Rechtsbeugung S. 83 gesagt: "Eine Verfassung würde sich selbst auflösen, würde sie die Unabhängigkeit der Richter gegen sich selbst wirksam werden lassen." - Vgl. v. Mangoldt Art. 98 Anm. 4, der Zinns Äußerung nicht im Sinne einer politisch-parlamentarischen Verantwortung, die er ablehnen würde, verstanden wissen will.
8) Holtkotten aaO sieht dies nur für die bremische Verfassung (Art. 136 Abs. 2) als gegeben an, da dort letztlich die politische Einstellung und Haltung der Richter mit in den Bereich der Prüfung einbezogen wird, während das GG nur bestimmte nach außen zutage tretende Verhaltensweisen erfassen will.

wertet und verstanden werden kann [1]. Es handelt sich um ein Mittel gegen erhebliche Verfassungskonflikte [2], wie Drath es einmal ausgedrückt hat, um ein Institut zur Verteidigung der Demokratie [3]. Der verfassungsrechtliche Charakter wird auch nicht dadurch verändert, daß die einschneidenste Maßnahme des Richteranklageverfahrens - die Entlassung - sich inhaltlich mit der schwersten Dienststrafe deckt, denn der "Richter wird weder als Bürger noch als Beamter zur Verantwortung gezogen, sondern als Verfassungsorgan wegen verfassungswidrigen Verhaltens" [4]. In diesem Verfahren wird das Verhalten des Richters nur darauf geprüft, ob die verfassungsmäßige Ordnung, der auch der Richter verpflichtet ist, durch diesen verletzt worden ist oder nicht, ob er also unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten für den Staat und damit für die Allgemeinheit noch tragbar ist oder unter Umständen sogar aus seinem Amt entfernt werden muß [5]. Daraus ergibt sich deutlich der verfassungsrechtliche Charakter des Verfahrens, der meiner Meinung nach allein ausschlaggebend ist. Die Vermischung von strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten in der Ansicht Eb. Schmidts dehnt den durch das Grundgesetz umrissenen Aufga-

---

1) Lechner § 13 Ziff. 9 Anm. 2; Zinn aaO; Maunz in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Rn.53; Hamann in Hamann-Lenz Art. 98 Anm. B 4; v.Mangoldt Art. 98 Anm. 4; Holtkotten in Bonner Kommentar Art. 98 Anm. II C 1 d; Bettermann, Hdb. der Grundrechte S. 585 f.; Geiger Vorbem. 2 vor § 58; Kleinrahm, Landesverfassung S. 74, 81 f.; Giese-Schunck Art. 98 Anm. 3.

2) Klems S. 91 ff.: Verfahren auf Entscheidung einer Verfassungsstreitigkeit.

3) VVDStRL 9,17 (33); ebenso Klems S. 36 ff., 42 f.: Schutz der Verfassung.

4) Bettermann, Hdb. der Grundrechte S. 585 mit Fußn. 254.

5) Vgl. hierzu Klems S. 34 f., 63 f., 66; vgl. auch Binding, Gegenzeichnung S. 400 f., der für die Ministeranklage von einem "Unfähigkeitsurteil" gesprochen hat.

benkreis - das gilt ebenso für die Länderverfassungen [1] - der Richteranklage in unzulässiger Weise aus. Dies wird verständlich, wenn man sich vor Augen führt, wie Eb. Schmidt den Straftatbestand der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) verstanden wissen will. Für ihn ist Rechtsbeugung nämlich jede bei der richterlichen Tätigkeit bewußt veranlaßte Verletzung der Grundgedanken der Verfassung, an die der Richter gebunden ist [2]. Andererseits glaubt er auch, die unter Umständen erforderliche Amtsenthebung auf Grund der politischen Verantwortlichkeit des Richters - die auch seine Rechtsanwendungstätigkeit umfassen soll -, wenn nicht im Wege des Strafverfahrens, so doch im ordentlichen Disziplinarverfahren verhängen lassen zu können [3]. Schon allein dieser disziplinarrechtliche Einschlag würde gegen die Anwendbarkeit des § 55 StPO sprechen. Daß Eb. Schmidts Auffassung über die Richteranklage nicht zutrifft, ergibt sich auch aus der Einführung der Richteranklage im Grundgesetz und in weiteren Landesverfassungen. Denn wäre man Eb. Schmidt gefolgt, dann wäre das Institut der Richteranklage konsequenterweise überflüssig gewesen [4].

Daß das Gesetz den Ausdruck "Freispruch" in § 59 Abs. 1 BVerfGG verwendet, ändert nicht den Charakter des Verfahrens, so daß man allein wegen der Bezeichnung ein strafprozeßähnliches Verfahren bejahen könnte, das zur Anwendbarkeit des § 55 StPO führen würde [5].

---

1) Nur in Hessen (Art. 127 Abs. 4) und Bremen (Art. 136 Abs. 3, 138) haben die Verfassungen einen weitergefaßten Wortlaut im Sinne einer politisch-parlamentarischen Verantwortlichkeit.
2) Politische Rechtsbeugung S. 70 ff.
3) Politische Rechtsbeugung S. 81 ff.
4) Eb. Schmidt aaO S. 81 ff. und bes. S. 97 ff.
5) So aber Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 8.

Bestätigt wird die hier vertretene Auffassung durch die Möglichkeit, neben dem Verfahren der Richteranklage ein Straf- oder Disziplinarverfahren durchzuführen [1,2].
Nach alledem kann das Anklageverfahren gegen Richter weder als Strafverfahren angesehen noch ihm gleichgestellt werden. In den Fällen einer drohenden Richteranklage kann sich ein Zeuge daher nicht auf § 55 StPO berufen.

cc. Verwirkung von Grundrechten

Neben den oben angeführten verfassungsrechtlichen Verfahren kann jeder Träger von Grundrechten [3] nach Art. 18 GG diese Grundrechte verwirken, wenn er sie zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht [4]. Ob die Gefahr der Verwirkung von Grundrechten der Gefahr einer Strafverfolgung entspricht, ist umstritten [5].
Eb. Schmidt [6] weist darauf hin, daß Leibholz-Rupprecht [7] dem Verfahren nach §§ 36 ff. BVerfGG

---

1) Bettermann, Hdb. der Grundrechte S. 586; Geiger § 60 Anm. 1; Lechner § 60 Anm. 1; Maunz in Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein § 13 Ziff. 9 Rn. 53; Hamann in Hamann-Lenz Art. 98 Anm. B 4; Stich in Mayer-Ule S. 86; Kleinrahm S. 82; Giese-Schunck Art. 98 Anm. 3; Neumayer, Bundestagsprotokoll v. 18.1.1951 (112. Sitzung) S. 4232 (C); vgl. auch Klems S. 96 f.
2) Vgl. § 60 BVerfGG, nach dem in bestimmten Fällen ein Disziplinarverfahren bis zur Entscheidung des BVerfG ausgesetzt werden kann; vgl. Neumayer aaO; eine Bestimmung wie § 60 BVerfGG hatte schon Klems S. 97 gefordert.
3) Vgl. hierzu Wernicke in Bonner Kommentar Art. 18 Anm. II 1a.
4) Der Ausspruch der Verwirkung erfolgt durch das BVerfG (Art. 18 Satz 2 GG); das Verfahren ist in §§ 13 Nr. 1, 36 ff. BVerfGG geregelt.
5) Bejahend: Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 7; v.Weber JZ 1953, 293 (297); ablehnend: Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a (Die Fundstelle bei von Weber wird mit einer falschen Seitenzahl angegeben!); Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1d.
6) aaO.
7) Vorbem. 2 vor § 36.

"strafprozeßähnlichen Charakter" beilegen. Nachdem der Gesetzgeber die Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit derjenigen wegen einer Straftat gleichgestellt habe, sollte seiner Ansicht nach ein Verfahren, das auf eine schwerwiegende verfassungsrechtliche Statusänderung abzielt, erst recht der Strafverfolgung gleichstehen. Die hiervon abweichende Meinung [1] in der Literatur wird nicht begründet. Das Argument Eb. Schmidts "wenn schon Ordnungswidrigkeit, dann erst recht Grundrechtsverwirkung" überzeugt nicht.

Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß es nicht auf die Schwere des Eingriffes ankommt, sondern auf die Natur, auf Sinn und Zweck des Verfahrens, das in Gang gesetzt werden könnte [2].

Es ist schon sehr zweifelhaft, ob sich Eb. Schmidt zu Recht gerade auf Leibholz-Rupprecht für den "strafprozeßähnlichen Charakter" beruft. Denn diese sagen zum einen ganz deutlich, daß das Verwirkungsverfahren und ein auf denselben Sachverhalt gegründeter Strafprozeß sich nicht ausschließen [3], und zum anderen lassen sie erkennen, daß das Verwirkungsverfahren nicht der Bestrafung, sondern der Prävention dient [4]. Daraus ergibt sich im Zusammenhang mit der Bemerkung über die Anwendung von "Vorschriften der StPO in vorsichtiger Analogie" [3] viel eher, daß die Formulierung über den "strafprozeßähnlichen Charakter" die äußere Ordnung des Verfahrens charakterisieren soll [5] und nicht als Ansicht über dessen Sinn und Zweck zu verstehen ist.

---

1) Vgl. oben S. 105 Fußn. 5.
2) Vgl. oben S. 95 des Textes.
3) Vorbem. 2 vor § 36.
4) Vorbem. 1 vor § 36; so auch Dürig in Maunz-Dürig Art. 18 Rn. 39.
5) Das Zurückgreifen auf den Strafprozeß bot sich an, da auch in diesem Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt.

In diesem Sinne wird man auch Lechner [1] und Klein [2] verstehen müssen, die von einem "strafrechtsähnlichen" oder "quasi-strafrechtlichen" Verfahren sprechen, es aber gleichzeitig ablehnen, ein Strafverfahren anzunehmen [3] und den eigenen Charakter des Verfahrens herausstellen [4]. Aus der äußeren dem Strafprozeß in einigen Punkten ähnlichen Form kann man aber keine zwingenden Schlußfolgerungen auf den Verfahrenscharakter ziehen. Demgegenüber vertritt aber v.Weber die Ansicht, bei dem Ausspruch der Grundrechtsverwirkung durch das Bundesverfassungsgericht handele es sich um eine Sonderstrafe [5]. Wenn das zuträfe, dann müßte man den strafrechtlichen Charakter des Verfahrens und die Anwendbarkeit des § 55 StPO bejahen [6]. Dieser Auffassung folgt aber die überwiegende Auffassung im verfassungsrechtlichen Schrifttum nicht; sie vertritt vielmehr die Meinung, daß das Verfahren nach Art. 18 GG eine Sicherungsfunktion habe, um die dem Einzelnen gewährte freiheitlich-demokratische Grundordnung gewährleisten zu können [7]. Diese Meinung wird durch die Entstehungsgeschichte

---

1) Einl. 5a; § 13 Ziff. 1 Anm. 4; § 41 Anm. 1.
2) v. Mangoldt-Klein Art. 18 Anm. IV 1.
3) v. Mangoldt-Klein aaO.
4) Lechner § 13 Ziff. 1 Anm. 4.
5) JZ 1953, 293 f.; vgl. auch DRiZ 1951, 153 ff. zum Problem der Sonderstrafe.
6) Das tun Beyer NJW 1954, 713 und Geiger Vorbem.7 vor § 36, der "strafrechtliche Verantwortlichkeit" fordert; a.A. Dürig JZ 1952, 513 (516) und Maunz-Dürig Art. 18 Rn. 39.
7) Echterhölter JZ 1953, 656 (657); Dürig in Maunz-Dürig aaO; Hamann in Hamann-Lenz Art. 18 Anm. A 2; v. Mangoldt-Klein Art. 18 Anm. III 4; vgl. Ipsen VVDStRL 10, 74 (96) : "Die Verwirkung aus Art. 18 GG ist ein Spezifikum des Verfassungsschutzes geworden." Stein in Zinn-Stein Art. 17 Anm. 3 (S. 147); Scheuner S. 327 f. bezeichnet Art. 18 GG ebenfalls als präventive Maßnahme zur Sicherung der Verfassung.

des Art. 18 GG gestützt, denn in dem Bericht über den Verfassungskonvent in Herrenchiemsee im August 1948 heißt es zu Art. 20 [1]:

> "Art. 20 bringt die dringend notwendige Verwirkung der politischen Grundrechte durch den, der sie zum Kampf gegen die freiheitliche und demokratische Grundordnung mißbraucht. Es bedarf keiner Darlegung, daß jede Demokratie, die in diesem Punkt achtlos ist, in Gefahr steht, selbstmörderisch zu werden."

So hält Klein [2] denn auch an dem Merkmal der Gefährlichkeit des Vorgehens des Mißbrauchenden fest [3] und bezeichnet die Maßnahme des Bundesverfassungsgerichtes - "gewissermaßen eine polizeiliche Maßnahme auf höchster Ebene" - als verwandt mit den polizeilichen Maßnahmen nach § 14 PVG [4].
Es ist daraus zu erkennen, daß es im Verfahren nach Art. 18 GG nicht um eine Bestrafung im Sinne kriminellen Unrechts geht. Der Schutz der Verfassung steht deutlich im Vordergrund. Es ist daher nicht gerechtfertigt, dieses Verfahren einer Strafverfolgung wegen kriminellen Unrechts gleichzusetzen. § 55 StPO ist nicht anwendbar.

---

1) S. 22.
2) v. Mangoldt-Klein Art. 18 Anm. III 4a.
3) So auch Dürig in Maunz-Dürig Art. 18 Rn. 41; Echterhölter aaO; Geiger § 39 Anm. 5; a.A. v. Weber JZ 1953, 293 (294); Lechner (1. Aufl.) § 13 Ziff. 1 Anm. 3 a.E.; - in der 2. Aufl. wird dies nicht mehr erörtert.
4) So hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung v. 25.7.1960 in BVerfGE 11, 282 f. einen Antrag der Bundesregierung nach Art. 18 GG als unbegründet zurückgewiesen, da der Antragsgegner sich aus dem politischen Leben zurückgezogen hatte, nachdem er sich in den Jahren 1950/51 als Mitglied der Sozialistischen Reichspartei (SRP) staatsfeindlich betätigt hatte. Das BVerfG stellte dabei ebenfalls auf die derzeitig fehlende Gefährlichkeit ab, wenn es "die Fortsetzung der staatsfeindlichen politischen Betätigung des Antragsgegners" (S. 283) vermißte.

III. Gefahr der Verfolgung

Das Auskunftsverweigerungsrecht besteht nur dann, wenn die Gefahr besteht, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Gerade bei der Frage, ob die Verfolgungsgefahr vorhanden ist, entstehen aber für die praktische Rechtsanwendung die meisten Probleme.
Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, wann die G e f a h r der Verfolgung vorliegt; auch in den Materialien zur Strafprozeßordnung ist die Frage nicht erörtert. Da die Tatsachen, die das Auskunftsverweigerungsrecht begründen, dem Richter oft unbekannt sind, besteht die Schwierigkeit auch in der mangelnden Fähigkeit, genau vorauszusagen, wann die Gefahr vorliegt, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. So hat Dallinger [1] in einer Urteilsbesprechung [2] geschrieben: "An die Aufstellung allgemeiner Grundsätze in solchen Fragen muß wohl mit Vorsicht herangegangen werden". Wenn 13 Jahre später Sax [3] diese Warnung, genauso wie vor ihm schon Kleinknecht [4], wiederholt, dann zeigt dies, daß die in Dallingers Worten sich widerspiegelnde Unsicherheit in dieser Frage bis heute nicht beseitigt werden konnte. Trotz der gebotenen Vorsicht wird

---

1) MDR 1953, 400 (402).
2) BGH Urt. v. 23.4.1953 - 5 StR 69/53: Der BGH führt in der Entscheidung aus, ein in einer früheren Hauptverhandlung unzulässigerweise vereidigter Zeuge könne unter Umständen die Aussage deswegen verweigern, weil er sich bei jeder Aussage der Gefahr einer Verfolgung wegen Eidesverletzung aussetze (bei Dallinger aaO).
3) In Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d.
4) In Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1 d.

man aber dennoch versuchen müssen, einige allgemeine Anhaltspunkte zu finden, an denen sich die Praxis beim Gebrauch des § 55 StPO ausrichten kann.

1. Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 StPO

a. Mittelbare Bekundung

Fraglich ist, ob das Auskunftsverweigerungsrecht schon dann gegeben ist, wenn die Aussage des Zeugen Schlußfolgerungen auf eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit ermöglichte.
Weiß der Zeuge zum Beispiel, daß seine Ehefrau vor ihm als Zeugin vernommen worden ist, und rechnet er damit, daß sie die Unwahrheit gesagt und beschworen hat, dann befindet er sich in einer unerfreulichen Situation. Denn bei wahrheitsgemäßer Aussage könnte das Gericht aus dem Widerspruch folgern, die Ehefrau habe gelogen und einen Meineid geleistet. Damit würde aber die Gefahr der Strafverfolgung herbeigeführt, wenn auch nur als mittelbare Folge der Aussage. Die Zwangslage, zu lügen oder seine Frau zu belasten, besteht für den Zeugen im selben Umfange, wie dann, wenn er seine Frau mittelbar oder unmittelbar des Meineids bezichtigen müßte [1]. Die Motive bezeichnen das Auskunftsverweigerungsrecht als das notwendige Korrelat des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe; dann muß man diesem Schutzzweck auch umfassend Geltung verschaffen. Der

---

1) So auch das RG zu § 384 Nr. 2 ZPO (§ 349 Nr. 2 a.F. ZPO): RG JW 1887, 415 Nr. 3; 1894, 589 Nr. 2; Buchwald SJZ 1949, 360.

Zeuge kann daher auch dann die Auskunft verweigern, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit nicht unmittelbar Aussagegegenstand für ihn ist [1]. Es reicht vielmehr aus, wenn die Strafverfolgungsgefahr nur mittelbar durch die Aussage bedingt ist, sich also erst auf Grund der Aussage Schlußfolgerungen auf eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit ziehen lassen [2].

b. Verdacht einer strafbaren Handlung

Weiterhin ist dann zu fragen, ob die Verfolgungsgefahr nur dann angenommen werden darf, wenn auch tatsächlich ein Hauptverfahren in Gang gebracht werden könnte. Das Gesetz spricht nur von der Gefahr einer Verfolgung und läßt es offen, ob damit darauf Bezug genommen ist, daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung einer Straftat im Wege des Strafverfahrens gemäß § 152 Abs. 2 StPO dann einzuleiten hat, wenn "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen" [3], um eine gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlung anzunehmen, oder ob möglicherweise an den "hinreichenden Tatverdacht" nach § 203 StPO gedacht ist, der bei der "Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung" besteht [4]. Die Strafverfolgung im Sinne von § 55 StPO erst dann anzunehmen, wenn der Verdacht sich so verdichtet hat, daß das Hauptverfahren eröffnet werden könnte -

---

1) RG LZ 1929, 954 f.; BGH v.24.1.1956 (1 StR 568/55) S. 7 (insoweit nicht abgedruckt in BGHSt. 9,34 ff.); Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1d; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d.
2) Vgl. zur ZPO: Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. I 2; der Schluß auf unehrenhaftes Verhalten reicht aus; das wird auch bei strafgerichtlicher Verfolgung anzunehmen sein.
3) Vgl. hierzu Lüttger GA 1957, 193 (193 f.); Geerds SchlHA 1964, 57 (60); ders. GA 1965, 321 (327).
4) Kleinknecht § 203 Anm. 2; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 203 Anm. 2; Eb.Schmidt, Teil II § 203 Rn. 10; Lüttger aaO.

eine Verurteilung also wahrscheinlich wäre - ließe den Schutzbereich des § 55 StPO zusammenschrumpfen. Nach Geerds [1] muß es daher ausreichen, wenn auf Grund der Aussage der Verdacht einer strafbaren Handlung entstünde, der für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ausreicht (§ 152 Abs. 2 StPO), so daß es unerheblich ist, zu welchem Ergebnis die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft tatsächlich führen. Bedenken hiergegen könnte man allerdings geltend machen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Beginn der Strafverfolgung ja schon in dem Augenblick eintritt, in dem der Staatsanwalt den entstandenen Verdacht aktenkundig macht. Stellt sich im Laufe der Ermittlungen dann aber heraus, daß aus tatsächlichen oder prozessualen Gründen der Tatverdacht nicht zu einer Strafverfolgung führen kann, dann könnte dies wiederum für den Tatverdacht im Sinne der §§ 170, 203 StPO sprechen, da eine Strafverfolgung im Wege des Hauptverfahrens sich überhaupt nicht an das Ermittlungsverfahren anschließt [2]. Der Wortlaut des Gesetzes spricht aber meiner Meinung nach gegen eine einschränkende Auslegung. Die Formulierung in § 55 StPO, nach der die "Gefahr", verfolgt zu werden, ausreicht, macht deutlich, daß es nicht sicher feststehen muß, ob die Strafverfolgung durch die Gerichte auch tatsächlich eintreten wird. Hätte der Gesetzgeber dem-

---

1) Vgl. zum Ganzen Studien S. 174, 175; so auch Hartung in Löwe-Rosenberg (19. Aufl.) § 55 Anm. 5 und wohl auch Landé DJZ 1908, 694 (695), der keine konkrete, sondern nur eine abstrakte Gefahr fordert.

2) So K. Peters, Lb. S. 295, der ein Auskunftsverweigerungsrecht verneint, wenn ein bloßes Ermittlungsverfahren zu erwarten ist; ähnlich auch Feyock S. 53, der eine "wirkliche Gefahr" verlangt, ohne dies aber genauer zu umschreiben; was Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 9 mit "Drohen der Gefahr der Verfolgung" meint, ist nicht eindeutig.

gegenüber den § 55 StPO so gefaßt, daß das Auskunftsverweigerungsrecht nur dann beansprucht werden könne, wenn die Aussage des Zeugen die Strafverfolgung nach sich zieht, dann müßte die Strafverfolgung auch tatsächlich eintreten. Die Gefahr oder die Möglichkeit einer Strafverfolgung tritt aber schon dann ein, wenn ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, da dies unmittelbar zu einer Anklage führen kann. Dem Sinn des § 55 StPO, sich selbst oder Angehörige nicht belasten zu müssen, widerspräche es, wollte man die Verfolgungsgefahr erst dann bejahen, wenn ein Hauptverfahren in Gang gebracht werden könnte [1]. Der Zeuge könnte dann nämlich gezwungen sein, durch seine Aussage den Anstoß für ein Ermittlungsverfahren zu geben, das andere Beweise gegen ihn erbringen und so die zunächst noch ungewisse Durchführung des Hauptverfahrens sicherstellen würde. Die enge Auslegung beschränkte den Anwendungsbereich des Auskunftsverweigerungsrechtes auf Fälle, in denen der Tatverdacht schon besteht. Der Zeuge muß aber in der Lage sein, diesen Tatverdacht und das Ermittlungsverfahren überhaupt zu vermeiden.

Die weite, hier vertretene Auslegung wird auch noch durch folgende Erwägung bestärkt. Es ist für den Vernehmenden überhaupt nicht überschaubar, ob sich der entstandene Verdacht zu einem hinreichenden Tatverdacht im Sinne des § 203 StPO verdichten wird,

---

1) So wohl auch das RG in LZ 1929, 954 f., wo es als ausreichend angesehen wird, daß der Verdacht einer strafbaren Handlung hervorgerufen wird; auch BGHSt. 9, 34 (35) spricht für eine weite Auslegung, da nach diesem Urteil § 55 StPO nur dann nicht anzuwenden ist, wenn die Strafverfolgung zweifellos ausgeschlossen ist.

ob die Staatsanwaltschaft Anklage erheben wird. Forderte man eine derartige Prognose, so wäre die Unsicherheit in der Beurteilung für den Richter erheblich [1], da er eine Entscheidung müßte vorausahnen können, die nicht in seinen Verantwortungsbereich fällt.

c. "Zuziehen" der Verfolgung

Bennecke [2] und Glaser [3] haben in den ersten Jahren nach Einführung des Auskunftsverweigerungsrechtes die später nicht mehr behandelte Frage aufgeworfen, ob der § 55 StPO - damals § 54 StPO - auch dann gelte, wenn die zu belastende Person wegen des mit der Aussage zusammenhängenden Sachverhalts schon in ein Strafverfahren verwickelt war. Während Bennecke dies für den Zeugen bejahte, lehnte Glaser die Anwendbarkeit des § 54 StPO ab.

Bennecke hatte darauf hingewiesen, daß der Begriff der Verfolgungsgefahr nicht ganz klar sei. Nehme man nämlich den Text des § 54 StPO wörtlich, so könnte man die Ansicht vertreten, daß vom Gesetz nur die Gefahr des Beginns einer Verfolgung erfaßt werde; dann könnte sich aber ein Zeuge, gegen den schon ein Strafverfahren eingeleitet sei, nicht mehr auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen. Da nach den Motiven das Auskunftsverweigerungsrecht bezwecke, den Zeugen nicht zu einer ihn selbst oder Angehörige belastenden Aussage zu zwingen, schlug Bennecke vor, den § 54 (a.F.) StPO wie folgt auszulegen: Das Auskunftsverweigerungsrecht besteht nicht nur dann, wenn erst die Aussa-

---

1) So auch Geerds, Studien S. 176.
2) S. 323 Fußn. 41.
3) Hdb. I S. 519.

ge die Verfolgung hervorruft, sondern auch dann, wenn die Strafverfolgung zwar schon eingetreten ist, die Aussage den Zeugen oder einen seiner Angehörigen aber prozessual ungünstiger stellte.
Glaser findet sein Ergebnis bei der Auseinandersetzung mit der Frage, ob dem mit dem Beschuldigten verwandten Zeugen neben dem Recht aus § 52 StPO (damals § 51 StPO) auch das Recht aus § 55 StPO hinsichtlich des anhängigen Deliktes zustehe. Glaser gibt den in § 52 StPO genannten Angehörigen zwar das Recht aus § 55 StPO, aber nur für Fragen, die diese selbst oder von dem Beschuldigten verschiedene Personen gefährden; denn § 55 StPO greife dann nicht ein, wenn sich eine "Gefährdung des Beschuldigten selbst bezüglich des in Verhandlung stehenden Delikts" ergäbe [1]. Der beschuldigte Angenörige sei dann der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung schon erlegen. Da dem Zeugen die bedrohte Lage des Angehörigen schon bei Beginn der Vernehmung bekannt gewesen sei und ihm das Recht aus § 52 StPO zustünde, benötige er das Recht aus § 55 StPO nicht, das er andernfalls gröblich würde mißbrauchen können [2]. Glaser sieht sein Ergebnis durch die Motive bestätigt, nach denen eine Befreiung vom Zeugnis gegen nahe Angehörige schon dann eintreten müsse, "wenn erst durch den Inhalt des verlangten Zeugnisses eine Strafverfolgung gegen denselben herbeigeführt werden würde" [3]. Hieraus ergibt sich zwar der Wille, das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO zu ergänzen, es ergibt sich aber nicht, daß der Begriff

---

1) Nicht ganz klar ist, ob Glaser § 55 StPO anwenden würde, wenn die Aussage eine andere Straftat des Angeklagten aufdeckte, die nicht Gegenstand des Strafverfahrens ist. Vgl. insoweit den nicht ganz klaren Wortlaut S. 520 Fußn. 7 und S. 519, wo die Frage nicht erwähnt ist.
2) a.A. Löwe (4. Aufl.) § 54 Anm. 5.
3) Motive S. 45 (Hahn, Materialien StPO I S. 108; siehe zur Entstehungsgeschichte auch oben S. 18 f. des Textes.

der Strafverfolgung so eng auszulegen sei, wie Glaser es für richtig hält. Ein derartiger Wille hat sich auch nicht im Wortlaut des § 55 StPO niedergeschlagen. Meines Erachtens darf bei der Frage nach dem Bestehen einer Strafverfolgung nicht darauf abgestellt werden, ob schon ein Verfahren wegen des in Frage stehenden Sachverhalts im Gange ist, sondern darauf, ob sich prozessual oder materiellrechtlich die Lage des Betroffenen verschlechtern würde. Das träte zum Beispiel dann ein, wenn durch die Aussage das zu beurteilende Verhaltung nunmehr als "Diebstahl mit Waffen" (§ 244 Nr. 1 StGB) oder als "Bandendiebstahl" (§ 244 Nr. 3 StGB) gekennzeichnet wäre, während vorher nur § 242 StGB bejaht werden konnte [1]. Bei einer derartigen Aussage belastet der Zeuge aber sich oder Angehörige und führt insoweit auch die Strafverfolgung herbei; erst durch die Aussage des Zeugen wird die Verfolgung der Straftat erleichtert oder hinsichtlich des schwereren Delikts ermöglicht. Glasers Auffassung trifft somit nur dann zu, wenn eine Verschlechterung der Lage des durch die Aussage Betroffenen nicht eintreten kann; dann besteht keine belastende Aussage. Im Schrifttum wird daher zu Recht die Auffassung vertreten, die §§ 52 und 55 StPO könnten zusammentreffen, so daß der in einem Strafverfahren gegen einen Angehörigen aussagende Zeuge entweder seinen Verzicht widerrufen oder sich auf § 55 StPO berufen

---

1) So Bennecke S. 323 Fußn. 41; vgl. auch Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a.

kann [1], und zwar sowohl dann, wenn die Aussage den Angehörigen wegen der im anhängigen Verfahren erörterten Beschuldigung in eine ungünstigere Situation bringen würde, als auch dann, wenn es sich um eine andere in Frage kommende Beschuldigung handelt [2,3]. Geerds [4] erklärt dies mit der Vergleichbarkeit der Lage des Zeugen im Falle des § 52 StPO, wenn es darum gehe, einen Angehörigen zu belasten, wobei aber unklar bleibt, in welchem Umfang § 55 StPO noch Anwendung finden

---

1) Geerds, Studien S. 190 Fußn. 80; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1 f; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 b; Löwe (4. Aufl.) § 54 Anm. 5; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 f; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 11, der in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des RG v. 5.3.1907 (RGSt. 40, 46 ff.) hinweist. Dieses Urteil befaßt sich zwar nur mit der Frage, ob die Vergünstigung des § 157 Nr. 2 StGB a.F. nicht nur bei Unterbleiben einer vorgeschriebenen Belehrung (§ 51 StPO a.F.), sondern auch dann anzuwenden sei, wenn eine Belehrung überhaupt nicht vorgeschrieben sei. Die bejahende Entscheidung des RG, nach der die Zwangslage des Zeugen, auf die das Gesetz in § 157 StGB Rücksicht nehmen wolle, in allen diesen Fällen gleich sei und für jeden bestehe, der als Zeuge auf der einen Seite zur wahrheitsgemäßen Aussage unter Eid verpflichtet sei, auf der anderen Seite aber befürchten müsse, durch das Bekenntnis der Wahrheit einen seiner Angehörigen zu schädigen, möge dieser Angehörige nun am Prozesse selbst als Partei beteiligt sein oder nicht (aaO S. 47), deutet auf eine Auffassung hin, die der von Geerds zu § 55 StPO vertretenen sehr ähnlich ist. Zur Frage der wahlweisen Anwendung des § 55 StPO neben § 52 StPO ergibt das aber noch kein durchschlagendes Argument.

2) Eb. Schmidt aaO; Löwe aaO.

3) Vgl. in diesem Zusammenhang den Beschluß des BGH v.30.5.1972 - 5 StR 187/72 -, nach dem eine Verurteilung nicht auf dem Unterbleiben der Belehrung nach § 52 StPO beruhen könne, wenn der weigerungsberechtigte Zeuge (Schwester zweier Angeklagter) gemäß § 55 StPO belehrt worden ist, aber dennoch aussagt. Entweder habe der Zeuge die Angeklagten nicht belasten können; wenn er aber bereit war, die Angeklagten zu belasten, dann sei der Schluß gerechtfertigt - auf Grund der Belehrung nach § 55 StPO -, daß er auch sein Recht aus § 52 StPO nicht ausgeübt haben würde; in beiden Fällen beruhe die Verurteilung nicht auf der fehlenden Belehrung.

4) aaO.

soll [1]. Allerdings wird man die oben gemachte Einschränkung beachten müssen, wenn eine Verschlechterung der Situation nicht eintreten kann.

Es kommt also nicht darauf an, ob die strafbare Handlung, über die der Zeuge aussagen müßte, im anhängigen Verfahren oder überhaupt noch nicht strafrechtlich verfolgt wird [2]. Entscheidend ist, ob eine Belastung - also eine Verschlechterung der Lage des Betroffenen - als Folge der Aussage eintreten könnte [3].

Bei der strafbaren Handlung, deretwegen der Zeuge die Auskunft verweigert, muß es sich um eine vor der Aussage begangene Tat handeln [4]. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, niemand solle zu seiner eigenen Überführung oder der eines Angehörigen beitragen müssen, also nicht als "Zeuge gegen sich selbst" auftreten. Diese Situation und die oben geforderte Verschlechterung der Lage durch die Aussage kann aber nur bei einer schon begangenen Tat eintreten [5].

---

1) Allerdings deutet ein Hinweis auf Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 11 darauf hin, daß auch Geerds nicht unterscheiden will zwischen der Beschuldigung im anhängigen Verfahren und anderen Beschuldigungen.
2) Vgl. Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2 a.
3) Vgl. zum Zivilprozeß: RGZ 23,130 (133 f.); RG JW 1902, 168; Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. I 2; Wieczorek § 384 Anm. B II c 2, wonach eine sicher folgende Verurteilung nicht erforderlich ist, und RG SA 64, 428; Stein-Jonas-Pohle aaO; Stephan in Zöller § 384 Anm. II 2; Wieczorek aaO, für die es ausreicht, wenn die Aussage die Durchführung eines Strafverfahrens erleichtern würde.
4) Geerds, Studien S. 175; Kleinknecht § 55 Anm. 2.
5) In dem Fall des BGH (5 StR 69/53) bei Dallinger MDR 1953, 400 (402) könnte das Auskunftsverweigerungsrecht nur dann eintreten, wenn man in der ersten Aussage eine Eidesverletzung sehen könnte; daß der Zeuge sich möglicherweise erst bei seiner zweiten, nunmehr zu machenden Aussage strafbar machen könnte, ist ohne Bedeutung.

2. Vorliegen der Verfolgungsgefahr

Im Schrifttum werden eine Reihe von Fällen genannt, in denen eine Strafverfolgungsgefahr vorliegt oder nicht vorliegen soll.
Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß Zweifel, ob die Gefahr der Strafverfolgung besteht oder nicht, immer zugunsten des Zeugen gehen müssen, um den Schutzzweck des § 55 StPO nicht zu gefährden. Aber auch schon aus dem Begriff der "Gefahr" ergibt sich, daß - wie der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes es einmal ausgedrückt hat - "die Befreiung von der Auskunftspflicht nur dann entfällt, wenn die Strafverfolgung gegen den Zeugen [1] z w e i f e l l o s [2] ausgeschlossen ist" [3].

a. Verfahrenshindernisse

Die Gefahr, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen - z.B. bei Bestehen eines "von vornherein nicht zu beseitigenden Verfahrenshindernisses" [4] - entfallen.

So ist sie dann nicht mehr zu bejahen, wenn der

---

1) Da es sich um einen Fall der Eigengefährdung des Zeugen handelte, war es nicht nötig, auch auf die Angehörigen hinzuweisen, für die aber nichts anderes gilt.
2) Hervorhebung durch den BGH.
3) BGHSt. 9, 34 (35); vgl. auch BGH v. 23.4.1953 - 4 StR 635/52 - bei Dallinger MDR 1953, 400 (402); so auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d; Henkel (2. Aufl.) § 49 III 3 Fußn.9; Kleinknecht § 55 Anm. 3; Koeniger S. 365; Schorn, Strafrichter S. 254; ob Martin in LM § 55 StPO Nr. 3 mit seiner Formulierung, daß die Auskunftspflicht bestehe, wenn "keine ernsthafte Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung mehr bestehe", etwas anderes meint als der BGH, ist nicht eindeutig; sollte er strengere Anforderungen als der BGH aufstellen wollen, so wäre dem nicht zuzustimmen.
4) Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 10.

betroffene Zeuge oder Angehörige wegen der fraglichen Tat schon rechtskräftig verurteilt worden ist [1], da die rechtskräftige Verurteilung für ein neues Verfahren in derselben Sache ein Verfahrenshindernis ist [2].

Dasselbe gilt bei Kindern, die zur Zeit der Tatbegehung noch nicht das 14. Lebensjahr vollendet hatten, also noch nicht strafmündig waren [3,4]; gegen diesen Personenkreis ist jede Strafverfolgung ausgeschlossen [5]. Eine Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO kommt ebensowenig in Betracht, wenn der Betroffene inzwischen verstorben ist [6,7].

Ausgeschlossen ist die Strafverfolgungsgefahr nach herrschender Meinung auch im Falle einer Begnadigung, Amnestie oder Niederschlagung [8,9,10].

---

1) Eb. Schmidt aaO; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Sax aaO; Stern GS 63, 205 (210).
2) Vgl. hierzu Eb. Schmidt, Teil I Rn. 184.
3) Vgl. Fußn. 1; Kleinknecht § 55 Anm. 3; Bennecke S. 323 Anm. 42.
4) JGG § 1 Abs. 3; OWiG § 7 Abs. 1 Satz 1.
5) RGSt. 57, 206 (207); vgl. Eb. Schmidt, Teil I Rn. 144 mit Fußn. 256.
6) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Kleinknecht aaO; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 10.
7) Der Tod des Beschuldigten beendet ja auch automatisch das Straf- bzw. Bußgeldverfahren, ohne daß es einer Einstellung bedarf; Kleinknecht § 106 Anm. 1; Göhler § 105 Anm. 3 D.
8) Die Begriffsbestimmungen sind hier nicht einheitlich. Mit Eb. Schmidt, Teil I Rn. 185 ff. wird die Amnestie als Massenbegnadigung und als eine neben der Niederschlagung parallele Erscheinungsform von Straffreiheitsgesetzen verstanden; vgl. hierzu auch Brandstetter JZ 1954, 477 ff., der die Amnestie als Oberbegriff versteht.
9) Eb. Schmidt, aaO; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d; Kohlhaas aaO; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 4; Kleinknecht § 55 Anm. 3; Koeniger, S. 365; Schorn, Strafrichter S. 254; BGHSt. 4, 130 (131).
10) Zur ZPO: Wieczorek § 384 Anm. B II c 2.

Für die Amnestierung vertritt aber Erbs [1] die Auffassung, daß die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung gegeben sei. Begnadigung oder Amnestie sind jedoch ein Erlaß rechtskräftig erkannter Strafen durch den Staat [2]. Die verfahrensrechtliche Lage ist nicht anders als bei einem rechtskräftig Verurteilten, der nicht noch einmal wegen der abgeurteilten Tat strafrechtlich verfolgt werden darf. Ob die Strafe verbüßt wurde oder nicht, ist für die Frage nach dem Verbrauch der Strafklage ohne Bedeutung. Erbs' Ansicht widerspricht auch dem von ihm nicht bestrittenen Grundsatz des "ne bis in idem" [3]; seine Auffassung ist daher abzulehnen.

Die Niederschlagung [4] bewirkt ein Verfahrenshindernis [5]. Da ihr Nicht-Vorhandensein eine Prozeßvoraussetzung ist [6] - somit von Amts wegen in jeder Verfahrenslage beachtet werden muß [7] -, darf eine neue Untersuchung nicht eingeleitet und noch anhängige Verfahren dürfen nicht fortgesetzt werden, soweit nur die niedergeschlagene Tat Gegenstand des Verfahrens ist [8]. Das letzte Beispiel eines Straffreiheitsgesetzes war dasjenige von 1970 [9] im Anschluß an die Auseinandersetzungen bei Demonstra-

---

1) § 55 Anm. III.
2) Eb. Schmidt, Teil I Rn. 186; Brandstetter aaO S. 477.
3) § 264 Anm. IX.
4) Ob es sich hierbei um eine reine Prozeßvoraussetzung oder um ein gemischtes materiellrechtliches und prozeßrechtliches Institut handelt, ist umstritten; vgl. hierzu Eb. Schmidt, Teil I Rn. 185 mit Fußn. 325.
5) So Brandstetter JZ 1954, 477 (479).
6) RGSt. 53, 39 (40); 54, 54 (56); BGHSt. 2, 251 (252); Eb. Schmidt aaO.
7) RG aaO.
8) Für den Fall, daß noch andere Ermittlungen im Gange sind, vgl. Eb. Schmidt Teil I Rn. 185 mit Fußn. 326.
9) Gesetz über Straffreiheit v. 20.5.1970 - BGBl. I S. 509.

tionen der sog. Außerparlamentarischen Opposition[1].

Auch bei Verjährung der strafbaren Handlung droht dem Zeugen oder seinem Angehörigen keine Strafverfolgung mehr. Denn wenn auch Streit über die Rechtsnatur der Verfolgungsverjährung besteht[2], so ist es doch unstreitig, daß bei einer verjährten Straftat eine Strafverfolgung nicht mehr stattfinden kann; § 55 StPO ist also nicht anzuwenden [3,4].

Ist die in Frage stehende Handlung nur auf Antrag zu verfolgen, dann entfällt die Verfolgungsgefahr, wenn eindeutig feststeht, daß die dreimonatige Strafantragsfrist (§§ 61 StGB, 43 StPO) abgelaufen ist [5].

Während allein die Möglichkeit eines Freispruches im Verfahren es nicht hindert, die Verfolgungsgefahr zu bejahen[6], kann man die Frage nach der Geltung des § 55 StPO bei einem rechtskraftigen Freispruch im Strafverfahren (§ 260 Abs.1 StPO) oder im Bußgeldverfahren (§ 72 Abs.2 OWiG 1968) nicht so ein-

---

1) Vgl. im übrigen zu den anderen Straffreiheitsgesetzen: VO über die Gewährung von Straffreiheit v.3.6.1947 (VOBl. BZ S.68); G über die Gewährung von Straffreiheit vom 31.12.1949 (BGBl. S. 37); G über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (Straffreiheitsgesetz 1954) v. 17.7.1954 (BGBl. I S.203) sowie die Straffreiheitsgesetze der Länder.
2) Vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) Einl. Kap. 10 B 5 für die Lehre von der Doppelnatur und Schönke-Schröder § 66 Rn. 3.
3) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Eb. Schmidt Nachtrag II § 55 Rn.10; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Schwarz § 55 Anm. 1 B; Kleinknecht § 55 Anm. 3; Koeniger S. 365; BGH v. 14.1.1958 - 5 StR 503/57 - bei Dallinger MDR 1958, 141; OLG Oldenburg NJW 1961, 1225.
4) Vgl. zu § 384 Nr.2 ZPO: RG JW 1903, 241 Nr.15; Wieczorek § 384 Anm. B II c 2.
5) Vgl. zur ZPO: Wieczorek § 384 Anm. B II c 2.
6) Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 9.

deutig beantworten. Zwar wird in der Regel entsprechend dem Grundsatz "ne bis in idem" der rechtskräftig Freigesprochene keine erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat befürchten müssen. Zu beachten ist aber die vom Gesetz vorgesehene Durchbrechung dieses Grundsatzes: Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten (§§ 362 ff. StPO, 85 Abs. 3 OWiG). So käme der Zeuge in einen Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und Selbstbelastung, wenn er bei wahrheitsgemäßer Aussage den Vorwurf bestätigen müßte, von dem er schon freigesprochen worden war. Da dies nach § 362 Nr. 4 StPO ein Wiederaufnahmegrund sein könnte, bejaht Sax die Strafverfolgungsgefahr [1,2]. Das Argument Koenigers [3], der dieses Ergebnis ablehnt, die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens sei unwahrscheinlich, widerlegt die Auffassung von Sax aber nicht. Das Zeugnis kann doch gerade ein Geständnis (sogar ein gerichtliches!) enthalten müssen oder zum Gegenstande haben (§ 362 Nr. 4 StPO). Wenn sich daher tatsächliche Anhaltspunkte ergeben, die auf die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens hindeuten, dann kann eine Strafverfolgung gegen den Zeugen oder einen seiner Angehörigen nicht mehr zweifellos ausgeschlossen werden [4,5].

---

1) Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; vgl. auch Bennecke S. 323 Fußn. 42; Erbs § 55 Anm. III; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; Schwarz § 55 Anm. 1 B; Stern GS 63, 205 (210).
2) Auch der Fall des § 362 Nr. 1 StPO wäre durchaus denkbar; so wenn der Zeuge zugeben müßte, daß die zu seinen Gunsten in einem ihn freisprechenden Strafverfahren vorgelegte Urkunde von ihm oder einem Angehörigen gefälscht worden ist.
3) S. 364 f.
4) Vgl. hierzu oben S. 119des Textes.
5) Auch zu § 384 Nr. 2 ZPO wird diese Ansicht vertreten: vgl. RG JW 1912, 473 Nr. 20; Wieczorek § 384 Anm. B II c2.

Steht allerdings fest, daß nur ein Freispruch möglich ist, weil z.B. nach § 247 Abs. 2 StGB der Diebstahl oder die Unterschlagung straflos bleibt, dann ist eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 StPO nicht gegeben [1].

Eine ähnliche Situation besteht bei der rechtskräftigen Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 204, 210 Abs. 2 StPO). Der Staatsanwaltschaft steht das Recht zu, die Klage nach § 211 StPO wieder aufzunehmen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden. Ist es möglich, daß die zu bekundenden Tatsachen zu einer Wiederaufnahme der Klage nach § 211 StPO führen, so kann sich der Zeuge auf § 55 StPO berufen [2], da die Strafverfolgung nicht zweifellos ausgeschlossen ist [3].

Für den Zeugen wird die Frage des möglichen Weiterbestehens der Strafverfolgungsgefahr auch dann von Bedeutung, wenn er über eine Handlung aussagen soll, deren Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft das Gericht oder beide gemeinsam inzwischen eingestellt worden ist. Hat die Einstellung gleichzeitig den Verbrauch der Strafklage zur Folge und ist somit ein erneutes Verfahren über diesen Gegenstand ausgeschlossen, dann kann man auch nicht mehr von der Gefahr einer Strafverfolgung sprechen. Koeniger [4] verneint auch bei der Einstellung - ebenfalls aus dem Grunde der Unwahrscheinlichkeit einer Aufnahme des Verfahrens - die Verfolgungsgefahr. Sicherlich

---

1) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) § 55 Anm. 2a; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1 d; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 9.
2) BGH v. 23.4.1953 - 5 StR 69/53 - bei Dallinger MDR 1953, 400 (402); Erbs § 55 Anm. III; Kleinknecht § 55 Anm. 3; Sax aaO; Stern GS 63, 205 (210).
3) BGHSt. 9, 34 (45); siehe auch oben S. 119 des Textes; vgl. auch Protokolle der Kommission S. 815 (Hahn, Materialien StPO II S. 1220).
4) S. 364 f.

ist es schwer zu beurteilen, ob die Gefahr einer Verfahrensaufnahme besteht; schlechthin verneinen kann man diese Möglichkeit aber nicht. Die Entscheidung ist daher nach der Situation im jeweiligen Einzelfall zu treffen. Dabei kommt es aber nicht darauf an, ob die Verfolgungsgefahr unwahrscheinlich ist - mit der Folgerung, § 55 StPO nicht anzuwenden -, sondern darauf, ob sie zweifellos ausgeschlossen ist[1].

Während bei den Einstellungen nach den §§ 153 Abs. 1 und 2 [2], 153a Abs. 1 [3], 153b, 154 Abs. 1 [4], 154a [5], 154b und 154c StPO ein Verbrauch der Strafklage nicht angenommen wird, bejaht man dies bei den §§ 153 Abs. 3 [6], 153a Abs. 2 [7] oder bei § 154 Abs. 2 StPO [8] in beschränktem Umfang. Aber auch in den Fällen einer nur beschränkten Rechtskraft der Entscheidungen kann die Strafverfolgung wiederaufleben. Soweit sich Anhaltspunkte für eine andere rechtliche Qualifizierung der betreffenden Tat in der Verhandlung ergeben, kann die Strafverfolgungsgefahr ebensowenig verneint werden wie in den Fällen derjenigen Einstellungen, die keinerlei Rechtskraft schaffen und keinen Verbrauch der Strafklage bewirken. Während durch die Einstellung nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO keinerlei Rechtskraft geschaffen wird [9], wird bei der Verwerfung des Antrages auf gerichtliche Entscheidung im Rahmen des Kla-

---

1) Vgl. oben S.119 des Textes.
2) RGSt. 67, 315 (316); BGH MDR 1954, 151; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 153 Anm. 9; Müller in Müller-Sax (KMR) § 153 Anm. 5.
3) Eb. Schmidt, Teil II § 153a Rn. 6.
4) Eb. Schmidt, Teil II § 154 Rn. 5.
5) Eb. Schmidt, Teil II § 154 a Rn. 8.
6) Vgl. Kohlhaas aaO Anm. 15b und Eb. Schmidt Teil I Rn. 327 zu der bestrittenen Frage; BGH aaO.
7) Müller in Müller-Sax (KMR) § 153a Anm. 5b; Eb. Schmidt, Teil II § 153a Rn. 13.
8) BGHSt. 10, 88 (93 f.); Kleinknecht § 154 Anm. 6; Müller aaO § 154 Anm. 5a; daß das Verfahren nicht mehr "anhängig" ist, hat hier keine Bedeutung.
9) RGSt. 76, 315 (316); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 170 Anm. 9; Eb. Schmidt, Teil II § 170 Rn. 30.

geerzwingungsverfahrens durch das angerufene Gericht (§ 174 Abs. 1 StPO) auf Grund des § 174 Abs. 2 StPO eine auflösend bedingte Rechtskraft angenommen [1]. Das reicht aber genau so wenig wie im Falle des § 211 Abs. 2 StPO aus, um die Gefahr einer Strafverfolgung auszuschließen, da sonst vielleicht gerade durch diese Aussage das Verfahren wieder in Gang kommen könnte.

b. Die Einstellung nach § 45 JGG

Im Zusammenhang mit der Einstellung von Verfahren gegen Jugendliche nach § 45 JGG [2] ist es bis heute strittig, ob eine Auskunftsverweigerung nach § 55 StPO noch zu Recht erfolgt, wenn das gegen den Zeugen oder seinen Angehörigen vom Jugendstaatsanwalt eingeleitete Verfahren nach § 45 Abs. 1 Satz 3 JGG eingestellt worden war. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat in seinem Urteil vom 15.1.1957 [3] die Berechtigung der Auskunftsverweigerung bejaht, da er einen Verbrauch der Strafklage durch die Einstellung des Verfahrens ablehnt. Zur Begründung führt er an, es sei im deutschen Verfahrensrecht ein von jeher anerkannter Grundsatz, daß der Verbrauch der Strafklage nur bei rechtskräftigen richterlichen Entscheidungen ein-

---

1) Kohlhaas aaO § 174 Anm. 4; Eb. Schmidt aaO § 174 Rn. 6.

2) § 45 JGG: (1) "Hält der Staatsanwalt eine Ahndung durch Urteil für entbehrlich, so kann er bei dem Jugendrichter anregen, dem geständigen Beschuldigten eine Arbeitsauflage zu machen, ihm besondere Pflichten aufzuerlegen, die Teilnahme an einem polizeilichen Verkehrsunterricht anzuordnen oder eine Ermahnung auszusprechen. § 11 Abs. 2 und § 15 Abs. 3 sind nicht anzuwenden. Entspricht der Jugendrichter der Anregung, so hat der Staatsanwalt von der Verfolgung abzusehen. (2) Der Staatsanwalt kann ohne Zustimmung des Richters von der Verfolgung absehen, wenn
   1. eine erzieherische Maßnahme, die eine Ahndung durch den Richter entbehrlich macht, bereits angeordnet ist oder
   2. die Voraussetzungen des § 153 der Strafprozeßordnung vorliegen."

3) BGHSt. 10, 104 (105 ff.).

trete, die das Verfahren sachlich beendeten. Der Umstand, daß der Jugendrichter auf Grund des § 45 Abs. 1 Satz 3 JGG den Staatsanwalt, anders als im Falle des § 153 Abs. 2 StPO, zum Absehen von der weiteren Verfolgung zwingen könne [1], ändere aber nichts daran, daß es sich um eine Verfahrensmaßnahme handele, die der Staatsanwalt und nicht der Richter verfüge. Auch der Maßnahme des Jugendrichters komme nicht die Bedeutung einer richterlichen Entscheidung zu. Denn diese sei keine richterliche Handlung, die die Strafklage verbrauche, sondern nur eine Erziehungsanordnung, die früher der Vormundschaftsrichter treffen konnte (§ 30 RJGG 1943) [2]. Auch die Entstehungsgeschichte des § 45 Abs. 1 JGG gebe für die gegenteilige Ansicht keinen Anhalt [3]. Im JGG 1923 und RJGG 1943 sei der Verbrauch der Strafklage nur bei einer Verfahrenseinstellung durch den Jugendrichter eingetreten [4]. Die Neufassung des § 45 JGG habe das nicht ändern wollen, sie sei vielmehr aus anderen Gründen erfolgt [5]. Das JGG 1953 kenne daher wie seine Vorgänger in § 47 Abs. 3 nur für die richterliche Einstellung eine den Verbrauch der Strafklage einschränkende Ausnahmevorschrift, die auch auf § 45 JGG hätte ausgedehnt werden müssen, wenn ein Strafklageverbrauch mit der dort geregelten Verfahrenseinstellung bezweckt gewesen wäre. Am Ende des Urteils [6] teilt der Bundesgerichts-

---

1) Nach Kohlhaas EJF Anm. zu C I Nr. 16 handelt es sich bei der Formulierung möglicherweise um ein Redaktionsversehen; trotz des Wortes "hat" sei der Staatsanwalt bei Zustimmung des Jugendrichters in seiner Entscheidung frei.
2) BGHSt. 10, 104 (106).
3) BGH aaO S. 106 ff.
4) § 32 Abs. 4 JGG 1923; § 31 Abs. 3 RJGG 1943.
5) Vgl. Art. 1 Nr. 30, 31 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des RJGG sowie die amtliche Begründung S. 45 (Bundestagsdrucksache I/3264) und den Ausschußbericht des Abg. Ewers über den Entwurf des Änderungsgesetzes zum RJGG (Bundestagsdrucksache I/4437 S. 8). Die Änderungen betrafen die möglichen Maßnahmen gegen den Betroffenen und die sofortige Einschaltung des Jugendrichters an Stelle des Vormundschaftsrichters.
6) BGH aaO S. 107.

hof lakonisch aber den in jedem Fall entscheidenden Grund [1] mit: Er sagt, daß die Strafklage auf jeden Fall dann nicht verbraucht sei, wenn - wie es im zu entscheidenden Fall vom Landgericht erwartet worden war - eine wahrheitsgemäße Aussage des Zeugen neue ihn belastende Tatsachen ergeben würde [2]. Während das Schrifttum zur Strafprozeßordnung dem Bundesgerichtshof zustimmt [3], ist die Frage im Schrifttum zum JGG umstritten [4].

Welche der Auffassungen zutrifft, braucht im Zusammenhang mit § 55 StPO nicht entschieden zu werden. Denn beim Auskunftsverweigerungsrecht interessiert nicht die Frage, ob der Staatsanwalt bei gleicher Sach- und Rechtslage das Verfahren gegen den Jugendlichen trotz der Einstellung erneut wieder aufnehmen kann, wenn der Zeuge neue Tatsachen oder Beweismittel mitteilen müßte, die die Einstellung in einem anderen Licht erscheinen ließen.

Auch wenn man in der Einstellung des Jugendstaatsanwalts nach § 45 Abs. 1 Satz 3 JGG ein Verfahrenshindernis sähe [4], bliebe immer noch das Problem, ob dieses Verfahrenshindernis endgültig ist [5] und somit keine Verfolgungsgefahr mehr besteht, sobald das Verfahren eingestellt worden ist, oder ob die

---

1) Vgl. hierzu Fränkel LM § 45 JGG Nr. 1.
2) Vgl. Fränkel LM § 45 JGG Nr. 1; insoweit zustimmend Dallinger-Lackner § 45 Rn. 38.
3) Kleinknecht § 55 Anm. 3; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 2a; ders. in EJF Anm. zu C I Nr. 16; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1d; Jescheck GA 1959, 65 (84); Koeniger S. 365; Geerds, Studien S. 175 (Fußn. 23); Schwarz § 55 Anm. 1 B; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 5; wohl auch Niese JZ 1960, 565 (567).
4) Zustimmend: Bender § 45 Rn. 24; Pentz NJW 1954, 1352; Potrykus § 45 Anm. 6; Riedel § 45 Anm. 4 (5); ablehnend: Dallinger in Dallinger-Lackner § 45 Nr. 34; Grethlein-Brunner § 45 Anm. 3d; neuerdings ausführlich zu diesem Problem Rosenkötter, bes. S. 9 ff.; kritisch: Fränkel aaO.
5) So auch Fränkel LM § 45 JGG Nr. 2; Rosenkötter S. 67 ff.

Bindung des Staatsanwalts auch ihr Ende finden kann. Der Staatsanwalt ist dann nicht mehr an seine Einstellungsverfügung gebunden, wenn die Entscheidungsgrundlagen weggefallen sind, wenn also erhebliche neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt geworden sind [1]. Diese Lösung ergibt sich aus einem Vergleich mit § 47 Abs. 3 JGG. Nach dieser Bestimmung kann, auch wenn der Richter das Verfahren nach § 47 Abs. 1 JGG eingestellt hat, von neuem Anklage erhoben werden, sobald neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden. Für die Einstellung nach § 45 Abs. 1 JGG muß aber dasselbe gelten - auch wenn es der Gesetzgeber nicht ausdrücklich angeordnet hat -, denn die Wirkungen einer Einstellung durch den Staatsanwalt können nicht weiter gehen als diejenigen einer Einstellung nach § 47 JGG. Wendete man § 47 Abs. 3 JGG nicht auch entsprechend bei § 45 JGG an, so wäre der Betroffene bei einer Einstellung durch den Richter erheblich schlechter gestellt. Das ist aber unberechtigt. Eine erneute Anklage ist auch dann möglich, wenn der Jugendliche die richterlichen Anordnungen nicht erfüllt [2]. In beiden Fällen wäre der Zweck der Einstellung, den Jugendlichen ohne Strafverfahren zu einem rechtmäßigen Leben zu führen, erheblich gefährdet. Da nunmehr die Sachlage sich ganz anders darstellt, sind die getroffenen Entscheidungen nicht mehr ohne weiteres begründet. Dann muß aber die Möglichkeit bestehen, das dem Täter entsprechende Reaktionsmittel im Wege des Jugendstrafverfahrens zu finden.

---

1) Dallinger in Dallinger-Lackner § 45 Rn. 35; Rosenkötter aaO; Grethlein-Brunner § 45 Anm. 3d.
2) Dallinger in Dallinger-Lackner § 45 Rn. 36; Grethlein-Brunner § 45 Anm. 3d; Riedel § 45 Rn.5 Nr. 4; a.A. Rosenkötter S. 71.

Besteht also die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines eingestellten Verfahrens auf Grund der Aussage, dann kann die Gefahr der Strafverfolgung nicht zweifellos ausgeschlossen werden [1].

Bei dem Absehen von Verfolgung gemäß § 45 Abs. 2 JGG taucht diese Problematik nicht auf, da der Staatsanwalt jederzeit das Verfahren wieder aufnehmen kann [2], so daß die Strafverfolgungsgefahr weiterbesteht.

c. Folgerung

Der Bundesgerichtshof hat in seinem schon erwähnten Urteil vom 23.4.1953 [3] die Strafverfolgungsgefahr und damit eine Auskunftsverweigerung für möglich gehalten, weil der Zeuge, der in einer früheren Hauptverhandlung unzulässigerweise vereidigt worden war, sich bei jeder Abweichung von der beschworenen Aussage der Gefahr einer Verfolgung wegen eines Eidesdeliktes aussetzen könnte [4]. Dieser Fall zeigt ebenfalls die Schwierigkeiten, mit denen der Tatrichter bei der Anwendung des § 55 StPO zu kämpfen hat. Er muß ja versuchen, die Entwicklung im Voraus zu erkennen und kann sich somit weitgehend nur auf Vermutungen stützen. Denn man kann dem Zeugen in dem oben genannten Fall nicht unterstellen, er werde sicherlich eine abweichende Aussage machen; andererseits kann diese

---

1) So auch BGHSt. 10, 104 (107).
2) Bender § 45 Rn. 11; Grethlein-Brunner § 45 Anm. 2 c; Riedel § 45 Rn. 4 (5).
3) 5 StR 69/53 - bei Dallinger MDR 1953, 400 (402).
4) Vgl. hierzu die von der Rspr. für zulässig gehaltene Wahlfeststellung zwischen Meineid und uneidlicher Falschaussage - BGH NJW 1957, 1886 (1887) mit ablehnender Anm. Schmitt; BayObLGSt. 1965, 53 (58); vgl. auch BGHSt. 2, 351 (352 f.); Dreher § 2b Anm. 3 Ba; Schönke-Schröder § 2 Rn. 16; a.A. Sarstedt, Revision S. 158 Fußn. 8.

Möglichkeit aber auch nicht verneint werden. Somit bestätigt sich die oben schon vertretene Auffassung, daß es darauf ankomme, ob die Strafverfolgung zweifellos ausgeschlossen ist [1]. Kann dies nicht bejant werden, ist § 55 StPO anwendbar.

IV. Die verweigerte Aussage

Bis heute ungeklärt ist die Frage, ob der Zeuge sich nur dann auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen könne, wenn er bei einer wahren Aussage Tatsachen bekunden müßte, die die Gefahr der Strafverfolgung begründen würden.

1. Verweigerung bei wahrheitsgemäßer Aussage

Im Anschluß an ein Urteil des Reichsgerichts vom 24.2.1903 [2] ist im Schrifttum die Auffassung vertreten worden, daß es unerheblich sei, ob die Bejahung oder Verneinung der Frage der Wahrheit ent[3]

---

1) Siehe oben S. 119 des Textes.
2) RGSt. 36, 114 (116 f.); möglicherweise noch anders RG GA 39, 214 (215), wo es heißt: "..., daß der Zeuge eine wahrheitsgemäße Darstellung von dem ihm bekannten den Gegenstand der Untersuchung bildenden Ereignisse nicht zu geben vermag, ohne dabei seiner eigenen Tätigkeit zu gedenken, die ihm gegenüber Grundlage einer strafgerichtlichen Verfolgung werden könnte". Anders wohl auch RG LZ 1917, 142 (143).
3) Feisenberger § 55 Anm. 1; Goldschmidt DJZ 1925, 328; Tillmann in Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 55 Anm. 7; Hartung in Löwe-Rosenberg (19. Aufl.) § 55 Anm. 4; Landé DJZ 1908, 694 f.; Glaser Hdb. I S. 470 Fußn. 10 und S. 519; Mötzinger S. 53: "Es genügt eine an sich verfängliche Frage, die geeignet ist, die Gefahr der Strafverfolgung herbeizuführen. Es ist gleichgültig, ob der Zeuge die angefragte Handlung begangen hat, ob er die Frage bejahen oder verneinen müßte." Wohl auch Beling, Strafprozeßrecht S. 307; Buchwald SJZ 1949, 360 (361); neuerdings in diesem Sinne Geerds, Studien S. 179 Fußn. 44.

spreche [1]. In seiner Entscheidung, die aber nur § 384 Nr. 2 ZPO betraf [2], hatte das Reichsgericht ausgeführt, das dem Zeugen gewährte formelle Recht, dem Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und der Vermeidung einer Selbstbelastung ausweichen zu dürfen, wäre illusorisch, wenn die zu gebende Antwort der Wahrheit entsprechen müßte. Es sei aber nicht zu untersuchen, ob die Angabe der Wahrheit die Gefahr begründe, sondern ob die Beantwortung der Frage diese Folge für den Zeugen habe. Nach dem Reichsgericht ist das Recht daher dann gegeben, "sobald der Zeuge durch die Beweisfrage zur Erklärung, ob

---

1) Im Zivilprozeßrecht wird dieselbe Ansicht vertreten (§ 384 Nr. 2 ZPO): vgl. st.Rspr. RGZ 23, 130 (134); RG JW 1899, 536 Nr. 15; 1902, 168 Nr. 21; Warn. 1911 Nr. 104; 1912 Nr. 229; 1919 Nr. 123 und Nr. 143; 1920 Nr. 212; HRR 1933 Nr. 539; OLG Bamberg SA 60, 469 (470 f.); OLG Celle OLG-Rspr. 1, 448 f.; OLG Hamburg OLGRspr. 20, 325; OLG Saarbrücken SaarlRuStZ 1950, 78 f. mit zust. Anm. Best SaarlRuStZ 1950, 79; BGHZ 26, 391 (399 f.); ebenso Wieczorek § 384 Anm. A II; Stein-Jonas-Pohle § 384 Anm. II 2; Stephan in Zöller § 384 Anm. I; Baumbach-Lauterbach § 384 Anm. 3 B; Thomas-Putzo § 384 Anm. 1; Blomeyer § 78 III 4; Johannsen LM § 384 ZPO Nr. 2; E. Peters ZZP 77, 444 (452 f.); Landé aaO; Imig SaarlRuStZ 1950, 50 u.a.; Rechtsprechung und Schrifttum sind sich bei § 384 Nr. 2 ZPO darin einig, daß es nicht auf den Wahrheitsgehalt der Aussage bzw. Antwort ankommt, sondern auf den allgemein möglichen Inhalt der Aussage. Andernfalls werde das Auskunftsverweigerungsrecht entwertet, da man eine Auskunftsverweigerung, die nur bei begründetem Anlaß zulässig wäre, in der Praxis wie ein Bekenntnis der inkriminierenden Tatsachen auffassen würde. Wenn also eine von mehreren möglichen Antworten zur Unehre gereichte oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nach sich zöge, dann greift schon das Auskunftsverweigerungsrecht ein. Soweit ersichtlich ist nur Heiden SaarlRuStZ 1950, 49 f. anderer Ansicht. Er stellt die objektive Wahrheitsfindung in den Vordergrund und verlangt für den Eheprozeß, daß § 384 Nr. 2 ZPO nur bei begründetem Anlaß eingreifen dürfe; hiergegen ausdrücklich Imig aaO.

2) § 54 (a.F.) StPO wird nur beiläufig erwähnt.

er die von ihm behauptete strafbare Handlung begangen habe, veranlaßt werden soll". Gegen diese Auffassung hat Eb. Schmidt erhebliche Bedenken angemeldet [1]. Die Strafprozeßordnung setze bei jeder nicht verweigerten Aussage die Wahrheitspflicht voraus. Wenn das Recht, die Auskunft zu verweigern, von bestimmten Folgen abhänge, die sich aus der Aussage beziehungsweise der Beantwortung von Vernehmungsfragen ergeben, so sei die selbstverständliche Voraussetzung die, daß es eben gerade die wahrheitsgemäße Mitteilung des Zeugen sei, die jene Folgen auszulösen vermöge [2]. Bringe die wahrheitsgemäße Aussage den Zeugen oder seinen Angehörigen aber nicht in Gefahr, so könne auch der vom Reichsgericht gesehene Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und Selbstbelastung [3] nicht entstehen [4,5].

Läßt man aber das Auskunftsverweigerungsrecht nur dann zu, wenn eine wahrheitsgemäße Antwort zur Gefahr der Strafverfolgung führte, dann ist es einfach, aus der Auskunftsverweigerung Schlüsse zu ziehen. Auch wenn man dann fordert, die Tat-

---

1) Nachtrag II § 55 Rn. 13; mit Ausnahme von Geerds aaO geht das übrige Schrifttum neuerdings auf diese Frage nicht mehr ein.
2) So wohl auch Stock S. 93, wenn er von "wahrheitsgemäßer Beantwortung" ausgeht; Rosenfeld S. 166.
3) Vgl. hierzu RGSt. 36, 114 (116).
4) So auch OLG Celle NJW 1958, 72 (74) = NdsRpfl. 1957, 294 (295): "Nach seinem Sinn und Zweck gilt das Auskunftsverweigerungsrecht nur für den Fall, daß die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage diese Folge nach sich ziehen könnte". Die Rspr. des BGH hat sich mit dieser Frage noch nicht beschäftigen müssen. Vereinzelt wird in Urteilen im Zusammenhang mit § 55 StPO von einer "wahrheitsgemäßen Aussage" gesprochen; vgl. BGHSt. 9, 34 (36); 10, 104 (107); 17, 128 (135).
5) Vgl. hierzu auch Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtages v.23.3.1970 (BayGVBl.1970, 95 ff.), der ausdrücklich das Vorliegen der Verfolgungsgefahr bei einer wahrheitsgemäßen Beantwortung verlangt; vgl. Wortlaut S. 99 Anm. 3. des Textes.

sache der Auskunftsverweigerung dürfe im Rahmen der Beweiswürdigung keine Bedeutung haben, um das Recht nicht illusorisch zu machen [1], so darf man doch nicht verkennen, daß es einem Verfahrensbeteiligten kaum gelingen wird, die sich ihm aufdrängende Schlußfolgerung und die damit verbundene Kenntnis von der verweigerten "wahrheitsgemäßen" Aussage erfolgreich zu verdrängen [2]. Die Staatsanwaltschaft wäre ja auch verpflichtet, die Aussage und die Auskunftsverweigerung auszuwerten und ein Ermittlungsverfahren einzuleiten; die Auskunftsverweigerung hätte für die Staatsanwaltschaft praktisch die Wirkung eines Geständnisses. Damit verlöre das Weigerungsrecht aber erheblich an Wert. Die Mehrheit im Schrifttum vermeidet das; freilich dehnt sie das Auskunftsverweigerungsrecht stark aus. Sie gesteht es auch demjenigen Zeugen zu, der auf eine verfängliche Frage die unverfängliche Wahrheit sagen müßte. Damit will sie es ausschließen, daß aus der Weigerung Schlüsse gezogen werden. Die herrschende Meinung hat aber bedenkliche Folgen. Es war schon gezeigt worden, daß sich das Auskunftsverweigerungsrecht - entgegen dem Wortlaut des Gesetzes - nicht nur auf "Fragen", sondern in erster Linie auf belastende "Tatsachen" bezieht, die im zusammenhängenden Bericht (§ 69 StPO) bekundet werden müßten. Wendet man die herrschende Lehre aber auch beim Bericht nach § 69 StPO an, so führt das praktisch zu einem Schweigerecht des Zeugen. Wird zum Beispiel einem Angeklagten Schulze vorgeworfen, er habe in der Nacht vom 11. zum 12. des Monats zwischen 23.45 Uhr und 0.15 Uhr einen Pelz gestohlen, so

---

1) Eb.Schmidt, Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52-56 Rn. 20.

2) Nach § 55 Abs. 2 StPO hätte der Zeuge belehrt werden müssen, daß er die Auskunft nur dann verweigern dürfe, wenn die wahre Antwort ihn in die Gefahr der Strafverfolgung bringe.

wird der als Alibizeuge benannte Meier zunächst aufgefordert, zusammenhängend zu berichten, was er von dem Sachverhalt wisse. Meier sagt dann möglicherweise wie folgt aus:

> "Ich kenne Schulze sehr gut. Am Abend des 11. traf ich ihn gegen 23.30 Uhr zufällig auf der Straße. Er sagte: 'Komm mit, ich ...'. Was er weiter sagte, darüber verweigere ich die Auskunft. Ich verweigere auch die Aussage darüber, was bis 0.30 Uhr geschehen ist. Um diese Zeit verabschiedeten wir uns vergnügt und in bestem Einvernehmen. Er ging in Richtung auf seine Wohnung. Ich ging ebenfalls nach Hause."

Eb. Schmidt würde Meier kein Auskunftsverweigerungsrecht gewähren, wenn Schulze in Wahrheit gesagt hätte: "Komm mit, ich lade Dich zu einem Bier ein", und wenn beide dann friedlich in einem Lokal zusammengesessen haben. Die herrschende Meinung müßte ein Auskunftsverweigerungsrecht bejahen. Der Zeuge könnte ja mit Recht darauf hinweisen, daß die Frage für ihn verfänglich sein könnte; es wäre ja die belastende Antwort möglich: Ich habe dem Angeklagten bei dem Diebstahl geholfen. Ich kann daher die unverfängliche wahrheitsgemäße Antwort verweigern. Da die Möglichkeit einer verfänglichen Antwort oder Aussage nie mit Sicherheit verneint werden kann, könnte jeder Zeuge praktisch ein Schweigerecht geltend machen. Das widerspräche aber dem Gesetz und beeinträchtigte die Strafverfolgung. Die von der hier vertretenen Auffassung abweichende herrschende Lehre [1] geht kritiklos von dem Wortlaut des

---

1) Vgl. oben S. 132 Fußn. 1 des Textes.

§ 55 StPO aus [1] und berücksichtigt daher nicht, daß dem Zeugen nach § 69 StPO zunächst keine Fragen gestellt werden. Im zivilprozeßrechtlichen Schrifttum wird vereinzelt auch darauf hingewiesen, daß die Untersuchungsmaxime des Strafprozesses es nicht gestatte, auf den Zeugen soweit Rücksicht zu nehmen wie im Zivilprozeß. Dort entspreche es dem Beibringungsgrundsatz, daß der Zeuge unabhängig von der tatsächlichen Antwort die Auskunft verweigern könne, wenn die gestellte Frage bei objektiver Betrachtung zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde [2,3].

Daß der Zeuge auch dann geschützt wird, wenn keine Konfliktslage für ihn besteht, ist daher nicht gerechtfertigt. Die Auffassung Eb. Schmidts wird auch durch das Bestehen des § 56 StPO gestützt. Die Vorschrift wäre überflüssig, wenn es nur darauf ankäme, ob eine Aussage möglich ist, die dem Zeugen die Verfolgung zuziehen könnte. Der Gesetzgeber hat aber gerade die Glaubhaftmachung der Tatsachen, die das Auskunftsverweigerungsrecht begründen, und nicht der Möglichkeit einer Verfolgung gefordert.
Das Auskunftsverweigerungsrecht besteht daher grundsätzlich nur dann, wenn die wahrheitsgemäße Aussage die Strafverfolgungsgefahr hervorruft.

---

1) Daß der Wortlaut des § 55 StPO nicht der Vernehmungsform der StPO entspricht, war oben schon gezeigt worden; vgl. S. 64 ff.des Textes.
2) Best SaarlRuStZ 1950, 79.
3) Best aaO und Heiden SaarlRuStZ 1950, 49 (50) gehen allerdings fälschlicherweise davon aus, daß im Strafprozeß die h.L. auf die "wahrheitsgemäße Antwort" abstellt; vgl. oben S. 131 ff. des Textes.

2. Verweigerung bei einer "verfänglichen Frage"

Dennoch kann auch die Auffassung Eb. Schmidts nicht völlig befriedigen. Fordert man nämlich, daß auch bei Fragen nur die wahrheitsgemäße Aussage maßgebend sein darf, dann bleibt die vom Reichsgericht [1] gesehene Gefahr bestehen: Das Auskunftsverweigerungsrecht wird weitgehend wertlos. Denn die Schlußfolgerung von der Auskunftsverweigerung auf eine mit Strafe bedrohte Handlung wäre zwingend und könnte ein Ermittlungsverfahren veranlassen. Auch ein Verwertungsverbot würde diese Bedenken nicht beseitigen können. Da die oben vertretene Auffassung nicht in vollem Umfang das gewünschte Ergebnis - einen wirksamen Schutz des Zeugen ohne schwere Beeinträchtigung der Strafverfolgung - gewährleistet, drängt sich die Frage auf, ob nicht bei "Fragen" der herrschenden Lehre der Vorzug zu geben ist.
Das Reichsgericht geht in seiner Entscheidung vom 24.2.1903 [2] für § 384 Nr. 2 ZPO von der "Beweisfrage" [3] aus. Nach § 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muß die Ladung des Zeugen den Gegenstand der Vernehmung angeben [4], der durch den Inhalt des Beweisbeschlusses (§ 359 ZPO) festgelegt ist. Durch diese Form der Ladung ist der Umfang der Vernehmung schon weitgehend festgelegt. Aus der Beweisfrage kann sich nun aber ergeben, daß der Zeuge sich zu einem Thema äußern soll, das eine strafbare Handlung zum Inhalt hat. Wird dabei unterstellt, der Zeuge oder ein Angehöriger habe sich strafbar

---

1) RGSt. 36, 114 (116).
2) RGSt. 36, 114 (117).
3) Damit ist das Beweisthema gemeint; vgl. z.B. § 377 Abs. 3 und 4 ZPO.
4) Dem Zeugen soll auf diese Weise die Vorbereitung auf den Verhandlungstermin ermöglicht werden; Baumbach-Lauterbach § 377 Anm. 2.

gemacht oder eine unehrenhafte Handlung begangen, dann - und mehr hat das Reichsgericht nicht gesagt - soll der Zeuge sich der Beantwortung der "Beweisfrage", soweit sie ihn belastet, entziehen können [1].

Diese Auffassung aus dem Zivilprozeß kann aber nicht ohne weiteres auf den Strafprozeß übertragen werden. Zwar muß auch im Strafverfahrensrecht der Beweisantrag durch die Angabe der Beweistatsachen bestimmt sein. Dem Zeugen wird aber bei seiner Ladung das Beweisthema nicht mitgeteilt; er soll möglichst umfassend berichten. Vor allem werden im Strafprozeß die meisten Zeugen geladen, ohne daß in Bezug auf sie überhaupt ein Beweisantrag vorliegt. Bei den von der Staatsanwaltschaft benannten und bei den von der Verteidigung unmittelbar geladenen Zeugen wird überhaupt nicht vorher gesagt, was sie bekunden sollen. Eine "Beweisfrage" im Sinne des Reichsgerichts gibt es somit nicht. Es ist daher ungenau, wenn sich die herrschende Lehre auf die Reichsgerichtsentscheidung vom 24.2.1903 [2] beruft. Bei den Fragen des § 55 StPO handelt es sich nur um einzelne Fragen im Rahmen der Vernehmung. Nun kann es aber auch bei der Vernehmung Fragen geben, die dem Zeugen eine strafbare Handlung unterstellen, so zum Beispiel: "Waren Sie an dem Einbruch beteiligt? Haben Sie dem Angeklagten den Tip gegeben? Stammen die Einbruchswerkzeuge Ihres angeklagten Freundes von Ihnen?" Will man auch in derartigen Fällen den Schutz des Auskunftsverweigerungsrechtes durchführen, dann darf man nicht auf die wahrheitsgemäße Antwort abstellen. Entscheidend darf nur sein, daß Fragen, die sich un-

---

1) In dem zugrunde liegenden Unterhaltsprozeß sollte der verheiratete Zeuge A darüber vernommen werden, ob er in der Empfängniszeit mit der Klägerin W den Beischlaf ausgeübt habe; vgl. RGSt. 36, 114.
2) RGSt. 36, 114 (117).

mittelbar mit Straftaten des Zeugen oder eines seiner Angehörigen befassen, den Zeugen nicht zu einer Antwort verpflichten. Dieses "Verweigern einer Antwort" kommt aber nur dann in Betracht, wenn sich schon aus der Fragestellung ergibt, daß der Zeuge sich zu einer von ihm oder einem Angehörigen möglicherweise begangenen Straftat äußern soll.

Auch bei dieser Lösung werden Schwierigkeiten auftreten, besonders, wann eine dieser "verfänglichen" Fragen vorliegt; so zum Beispiel bei der Frage: "Wo waren Sie eigentlich zur Tatzeit?" Hier wird der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden müssen. Trotz der möglichen Schwierigkeiten scheint diese Lösung aber angemessener zu sein als die einheitlichen Lösungsvorschläge.

V. Die Glaubhaftmachung (§ 56 StPO) und die Entscheidung des Gerichts

Bei § 56 StPO, der die Glaubhaftmachung [1] der das Zeugnisverweigerungsrecht begründenden Tatsachen vorschreibt, wenn dies verlangt wird, besteht noch eine eng mit § 55 StPO zusammenhängende Zweifelsfrage [2]. Nimmt man nämlich die Bestimmung des § 56 StPO wörtlich, so müßte ein die Berechtigung der Auskunftsverweigerung anzweifelnder Richter [3] gerade eine Aussage darüber verlangen, welche mit Strafe bedrohte Handlung die Strafverfolgungsgefahr begründen soll. Eb. Schmidt [4]

---

1) Vgl. § 56 Satz 2 StPO: "Es genügt die eidliche Versicherung des Zeugen."
2) Vgl. hierzu die grundsätzliche Kritik von Geerds, Studien S. 187 an § 56 StPO: ".... völlig absurd wirke angesichts der Freiheit des Beschuldigten zur Aussage die Regelung des § 56 StPO."
3) Vgl. OGHSt. 2, 173; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 1; Göhler § 59 Anm. 5 B; Kleinknecht § 56 Anm. 1.
4) Teil II § 56 Rn. 3.

weist aber zutreffend auf folgendes hin: "Gerade die Tatsache, die die Strafverfolgungsgefahr und damit das Zeugnisverweigerungsrecht 'begründet', die Tatsache der Begehung der Straftat nämlich, glaubhaft zu machen, kann dem Zeugen, soll § 55 nicht in sein Gegenteil umschlagen, nicht zugemutet werden" [1]. So wird die Bestimmung im Schrifttum einschränkend ausgelegt: Es reicht aus, wenn der Zeuge eidlich versichert, "er nehme nach bestem Wissen und Gewissen an, daß eine Auskunft zu einem bestimmten Punkt ihm oder einem nahen Angehörigen die Gefahr der Strafverfolgung bringen werde" [2,3]. Das Reichsgericht scheint einen ähnlichen Standpunkt eingenommen zu haben. Denn nach der Bemerkung [4], daß es im Ermessen des Gerichts stehe, ob dem Zeugen die Behauptung seines Auskunftsverweigerungsrechtes geglaubt werden könne, fährt es fort: "Einer weiteren Nachforschung, welche strafbare Handlung der Zeuge im Auge hat, steht der Zweck des § 55 StPO entgegen". Schon in der Entscheidung vom 9.10.1880 [5] hatte das Reichsgericht erklärt, "im Falle des § 54 wird die im zweiten Satze des § 55 [6] für genügend erklärte eidliche

---

1) Vgl. auch v. Hippel,S. 400 Fußn. 7; Wach GS 66, 1 (27); Geerds, Studien S. 171.
2) Sax in Müller-Sax (KMR) § 56 Anm. 1b; vgl. auch Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 56 Anm. 1b; Eb. Schmidt, Teil II § 56 Rn. 3; Schwarz § 56 Anm. 2; Wach GS 66, 1 (27); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 56 Anm. 1, der dies noch einschränkt, indem er eine wahrheitsgemäße Antwort fordert.
3) Welche Auskunft oder Antwort diese Folge hätte, ist dabei unwichtig, wenn nur eine Auskunft diese Folge überhaupt haben könnte.
4) RG v. 30.9.1927 - Recht 1928 Nr. 213.
5) RG Rspr. 2, 305 f.
6) Jeweils in der alten Fassung: heute § 55 bzw. § 56 StPO.

Versicherung des Zeugen die Namhaftmachung und Bescheinigung jener Tatsachen vertreten müssen, weil sonst der Zweck der Bestimmung geradezu vereitelt würde" [1]. In diesem Zusammenhang hat Wach [2] schon 1905 auf den § 191 der Militärstrafgerichtsordnung von 1898 [3] hingewiesen, den er für vorbildlich hielt. Nach dieser Bestimmung war "die Behauptung des Zeugen in dem Falle des § 190 [4] auf Verlangen glaubhaft zu machen" [5]. Der Zeuge, der die Auskunft im Militärstrafgerichtsverfahren verweigerte, brauchte daher die Tatsache, auf die er seine Befürchtung stützte, nicht anzugeben [6]. In der Militärstrafgerichtsordnung von 1936 [7] war der Wortlaut des § 133 MStGO über die Glaubhaftmachung dem § 56 StPO angeglichen worden. Dennoch wurde es im kommentierenden Schrifttum auch weiterhin als ausreichend angesehen, daß der Zeuge an

---

1) Zur ZPO: Vgl. Stephan in Zöller § 384 Anm. I; Wieczorek § 384 Anm. A II b; wenn sich aus dem Inhalt der Frage schon die Anwendbarkeit des § 384 ZPO ergibt, ist keine Glaubhaftmachung erforderlich; - RG JW 1896, 130; HRR 1933 Nr. 539.
2) GS 66, 1 (27).
3) MStGO v. 1.12.1898 (RGBl. S. 1189).
4) § 190 MStGO 1898 entsprach wörtlich dem § 55 StPO bis zu dessen Änderung durch das EGOWiG (vgl. oben S. 18 ff des Textes).
5) Vgl. zur Glaubhaftmachung Ditzen S. 8 ff.; Alsberg-Nüse S. 203.
6) Herz-Ernst § 191 Anm.4; Elsner v. Gronow-Sohl § 191 Anmerkung Abs. 3; vgl. auch Kommissionsbericht zu § 183 des Entwurfs: Der von der RStPO und dem Regierungsentwurf zur MStGO abweichende Wortlaut wurde in den Kommissionsberatungen gewählt, um klarzustellen, daß der Zeuge "nur zu beschwören habe, er befürchte durch die Beantwortung der Frage sich der Gefahr einer strafgerichtlichen Untersuchung auszusetzen", und "daß die T a t s a c h e , auf welche der Zeuge..... seine Befürchtung und damit sein Recht der Zeugnisverweigerung stützt, nicht angegeben zu werden brauche".
7) In der Neufassung v. 29.9.1936 (RGBl. I S. 571).

Eides Statt nach bestem Wissen versicherte, die Beantwortung dieser Frage würde ihn der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen [1]. Die spätere Wortlautänderung in der Militärstrafgerichtsordnung brachte auch nur die ursprüngliche Fassung des Entwurfs zur Militärstrafgerichtsordnung, die sachlich denselben Inhalt hatte. Dabei besteht aber nur die Schwierigkeit, daß man sonst als tauglichen Gegenstand eines Beweises (mithin auch einer Glaubhaftmachung) nur Tatsachen betrachtet; so spricht auch § 56 StPO von der Tatsache. Der § 56 StPO ist aber aus dem Bestreben entstanden, dem Richter wenigstens eine geringe Hilfe bei der Entscheidung über das Auskunftsverweigerungsrecht zu geben, ohne daß damit gleichzeitig diejenigen Tatsachen erforscht werden sollten, die die Straftat ergeben [2]. Berücksichtigt man dies, so kann man an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen stellen. Der Wortlaut mag auch deswegen nicht allzu wörtlich zu nehmen sein, weil § 56 StPO auf alle Verweigerungsrechte zutreffen sollte und somit eine genauere Bezeichnung unmöglich war. Unter "Tatsache, auf die der Zeuge die Verweigerung des Zeugnisses im Falle des § 55 StPO stützt" wird man daher den Zusammenhang verstehen müssen, der zwischen Tatsachen oder Fragen und der Verfolgungsgefahr bestehen muß, um das Auskunftsverweigerungsrecht zu begründen [3].

---

1) Dietz-Hülle § 133 Anm. 2.
2) Vgl. Kommissionsberatungen, Hahn, Materialien StPO I S. 590 ff.
3) Eb. Schmidt, Teil II § 56 Rn. 3, nach dem "der Zusammenhang zwischen Fragebeantwortung und Gefahr der Strafverfolgung, also etwas sehr Komplexes aus Tatsachen und Werturteilen Gemischtes" glaubhaft zu machen ist.

Dieser Zusammenhang kann aber nur dann glaubhaft gemacht werden, ohne die zugrunde liegenden Tatsachen zu erforschen, wenn man sich mit der eidlichen Versicherung zufrieden gibt, wie sie die herrschende Lehre vorschlägt [1].

Die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des § 55 StPO gegeben sind, trifft nach § 238 Abs. 1 der Vorsitzende [2] im Rahmen der Verhandlungsleitung [3,4].

Um das Auskunftsverweigerungsrecht gewähren zu können, muß in der Regel der Verdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ausreichen [5]. Eine derartige Prüfung wird aber dann schwierig, wenn der Zeuge im Rahmen seines zusammenhängenden Berichts nach § 69 Abs. 1 StPO die Auskunft verweigert und dem Richter nur die Glaubhaftmachung in dem oben ausgeführten Sinne zur Verfügung steht. Dann bleibt dem Richter nur übrig, an Hand der bisherigen Verhandlung zu prüfen, ob sich irgendwelche Anhaltspunkte ergeben, die die Glaubhaftmachung stützen

---

1) Der grundsätzlichen Kritik von Geerds, Studien S. 187, "völlig absurd wirke angesichts der Freiheit des Beschuldigten zur Aussage die Regelung des § 56 StPO" kann nicht gefolgt werden. Die Berechtigung für § 56 StPO ergibt sich aus der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten, der am Verfahren nicht mitzuwirken braucht, und des Zeugen, der grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet ist; dies läßt Geerds aber unerwähnt.

2) Im Falle der Beanstandung entscheidet das Gericht (§ 238 Abs. 2 StPO).

3) RG Rspr. 2, 305; 3, 42 (44); BGHSt. 1, 39 (40); Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1g.

4) Geerds, Studien S. 175 meint, es komme darauf an, ob ein objektiver Betrachter unter Berücksichtigung der Situation des Zeugen ausreichende Anhaltspunkte in der Aussage des Zeugen finden würde, die die Annahme einer strafbaren Handlung rechtfertigen würden - so wohl auch Feyock S. 53; a.A. möglicherweise Mötzinger S. 54 -. Dieser objektive Beobachter wird der Richter sein müssen. Daß der Richter sich bei dieser Entscheidung nicht von unsachgemäßen Erwägungen leiten lassen darf, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

5) Vgl. hierzu oben S. 111 ff. des Textes.

oder ihr widersprechen [1].

In der Rechtsprechung [2] und im Schrifttum [3] wird davon gesprochen, daß es im Ermessen des Gerichts stünde, ob die Gefahr der Strafverfolgung gegeben sei oder nicht. Wenn Geerds diese Formulierung angreift [4], dann legt er ihr zu viel Gewicht bei. Es ist nämlich keine freie Ermessensentscheidung gemeint. Der Richter hat vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles [5] die sachlichen Grundlagen seiner Entscheidung festzustellen [6]. An Hand dieser sachlichen Feststellungen, soweit dies überhaupt möglich ist, wird der Richter dann die prozeßrechtliche Entscheidung fällen müssen, ob die Strafverfolgungsgefahr vorliegt oder nicht.

---

1) Aus der Entscheidung RG LZ 1917, 142 kann nicht entnommen werden, daß das Reichsgericht keine Prüfung durch das erkennende Gericht verlangte, da das Untergericht die Behauptung des Zeugen einer Prüfung unterzogen hatte.
2) RG Rspr. 2, 305; 3, 42 (44); BGHSt. 1, 39 (40); wohl auch BGHSt. 10, 104 (105), wonach die tatsächliche Würdigung unangetastet bleiben muß und nur eine rechtliche Nachprüfung gestattet wird.
3) Kleinknecht § 55 Anm. 2; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm.4; Schwarz § 55 Anm.1B; wohl auch Erbs § 55 Anm. I, der sich auf RG Rspr. 2, 305 bezieht.
4) Studien S. 175: Er weist darauf hin, daß es sich beim Vorliegen der Gefahr nicht um eine Frage des Ermessens, sondern um einen Rechtsbegriff handele, der im Interesse des Zeugen prozessual auszufüllen sei.
5) RGSt. 39, 214 (215); RG Recht 1928 Nr. 213; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) § 55 Anm.2 a.
6) Dabei ist zu beachten, daß dem Zeugen, wenn über die Berechtigung einer Zeugnisverweigerung Streit besteht - was allerdings selten der Fall sein wird - "rechtliches Gehör" zusteht (Dahs S. 56); wird dies nicht beachtet, würde ein Bestrafungsbeschluß nach § 70 StPO den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzen (Dahs aaO); das gilt auch für das Auskunftsverweigerungsrecht.

VI. Die Belehrungspflicht - § 55 Abs. 2 StPO

Ist das Vorliegen des Auskunftsverweigerungsrechtes zu bejahen, so ist es Aufgabe des Vorsitzenden [1], den Zeugen über sein Recht nach § 55 StPO zu belehren [2].

1. Die Vornahme der Belehrung

Zu welchem Zeitpunkt die Belehrung zu erfolgen hat, ist seit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 28.3.1951 [3] für Rechtsprechung und Schrifttum ohne Problematik. So wird - meistens unter Berufung auf diese Entscheidung - die Belehrung des Zeugen dann für erforderlich gehalten, wenn sich bei der Prüfung durch das Gericht im Laufe des Verfahrens konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, daß eine vom Zeugen verlangte Auskunft diesem oder einem seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zu-

---

1) Die Belehrungspflicht besteht seit Einführung des § 163 a Abs. 5 StPO durch Art. 4 Nr. 3 StPÄG v. 19.12.1964 (BGBl. I S. 1067) auch bei Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft und Beamte des Polizeidienstes. Vor dem StPÄG lehnte die Rspr. die Ausdehnung der Belehrungspflicht auf Staatsanwälte und Polizeibeamte ab; vgl. z.B. RGSt. 70, 6 (7); OGHSt. 1, 299 (302); BGHSt. 2, 99 (104); Henkel (1. Aufl.) § 61 II c, aa bedauerte diese Rspr., die Eb. Schmidt, Teil II § 52 Rn. 15 ablehnte.

2) Die Belehrung wird im allgemeinen zur Verhandlungsleitung gerechnet; vgl. Fuhrmann GA 1963, 65 (74); Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 238 Anm. 8b.

3) NJW 1951, 614; in BGHSt. 1, 39 f. hatte es geheißen: "Falls die Sachlage dazu angetan ist, muß das Gericht den Zeugen nach Abs. 2,....., über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft belehren."

ziehen könnte [1]. Danach kann es nicht ausreichen, wenn nur die theoretische Möglichkeit einer Verfolgungsgefahr besteht oder wenn der Angeklagte den Zeugen als unglaubwürdig bezeichnet, denn dies kann ohne weiteres in jedem Verfahren eintreten. Ob hinreichende Anhaltspunkte gegeben sind und damit auch über die Vornahme der Belehrung entscheidet ebenso wie bei der Entscheidung über die Berechtigung der Auskunftsverweigerung der Vorsitzende oder das Gericht (§ 238 StPO) [2]. Dies wird im Einzelfall oft schwer zu entscheiden sein [3], wenn der Richter nicht erkennen kann, ob die Aussage für den Zeugen gefährlich sein wird [4]. Die Belehrung wird aber spätestens dann erfolgen müssen, wenn der Zeuge erkennbar über Punkte zu prechen beginnt,

---

1) BGH v. 23.4.1953 - 5 StR 69/53 - bei Dallinger MDR 1953, 400, (402); v.30.11.1954 - 5 StR 280/54 - S. 4 f.(insoweit nicht in BGHSt. 7,75); OLG Oldenburg NJW 1961, 1225; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 4 und Nachtrag § 55; Koffka JR 1968, 30; K. Peters, Gutachten S.128; Kleinknecht § 55 Anm. 4 A; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14; Geerds, Studien S. 177; Busch JZ 1953, 703 (704); Schwarz § 55 Anm. 1; Schorn, Strafrichter S. 254; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 2 b; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 2 b und Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 5 sprechen von "begründetem Anlaß".

2) Geerds, Studien S. 177 Fußn. 33; Sax aaO Anm.2c; BGH v. 27.9.1956 - 4 StR 290/56 - S. 9.

3) Geerds aaO kritisiert in diesem Zusammenhang die angeblich im Anschluß an BGHSt. 1,39 (40) von Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 55 Anm. 4 vertretene Auffassung, es handele sich insoweit um eine Ermessensentscheidung. Die Kritik ist unzutreffend, da Kohlhaas und der BGH nur auf die Frage des Vorliegens der Strafverfolgungsgefahr eingegangen sind. Allerdings werden sich beide Fragen weitgehend decken.

4) Vgl. z.B. Sarstedt, Beweisverbote S. 19 f., der die Schwierigkeiten sehr plastisch und eindringlich schildert.

die nach Ansicht des Richters die strafgerichtliche Verfolgung auslösen können [1]. Hieran wird man aber nicht allzu strenge Anforderungen stellen können, da ja die endgültige Prüfung, ob ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht, erst dann erfolgen kann, wenn sich der Zeuge auf sein Recht berufen hat. Der Zweck der Belehrung, den Zeugen von seinem Recht in Kenntnis zu setzen, würde sonst in Frage gestellt. Der Richter muß daher mit der Möglichkeit einer den Zeugen oder dessen Angehörige gefährdenden Aussage rechnen [2] und eher zu früh als zu spät belehren.

Wie soll aber rechtzeitig belehrt werden, wenn der Zeuge zunächst einmal sein Wissen über den Vernehmungsgegenstand im Zusammenhang angeben soll und dies auch tut? Wenn man den Zeugen erst dann belehrt, wenn er in seiner Aussage erkennbar auf Tatsachen zu sprechen kommt, die ihn oder seine Angehörigen belasten können [3], dann kommt dies oft zu spät; der beabsichtigte Schutz des Zeugen wäre mißlungen. Denn wenn der Zeuge schon so viel gesagt hat, daß der Verdacht bei dem Richter entsteht, dann ist dies auch für den anwesenden Staats- oder Amtsanwalt erkennbar, der sich Notizen machen wird. Da die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet sind, den Sachverhalt zu erforschen, wenn sie von dem Verdacht einer strafbaren Handlung Kenntnis erlangen (§ 152 Abs. 2 StPO), besteht nunmehr die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung in erhöhtem Maße.

---

1) BGH v. 30. 11. 1954 - 5 StR 280/54 - S. 4; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 4; Sax aaO Anm. 2 b.
2) Vgl. Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14, der von einer Pflicht des Richters spricht, diese Möglichkeit in Rechnung zu stellen.
3) Vgl. BGH v. 30. 11. 1954 - 5 StR 280/54 - S. 4; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 4; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 2 b.

Der Schwierigkeit der rechtzeitigen Belehrung kann der Vorsitzende dadurch ausweichen, daß er jeden Zeugen vor der Vernehmung grundsätzlich über das Recht, die Auskunft zu verweigern, belehrt [1]. Dieses Vorgehen ist sicherlich nicht prozeßordnungswidrig [2]. Ob eine derartige frühe Belehrung dem § 55 StPO gerecht wird, ist noch zu prüfen [3,4].

Sarstedt hat gegen diese Form der Belehrung Bedenken [5]. Er sieht in ihr die Gefahr, daß die am Anfang der Vernehmung erfolgende Belehrung gerade von denjenigen nicht verstanden wird, die es angeht; sinnvoll belehren könne der Richter nur dann, wenn er einen Verdacht habe [6,7].

---

1) Sarstedt, Beweisverbote S. 19 sieht das so, daß in der Praxis allen Zeugen gleich bei der Ermahnung zur Wahrheit "stur Heil" der § 55 Abs. 1 StPO vorgelesen wird, so daß dem Hute Reverenz erwiesen wäre.
2) BGH v. 23.4.1953 - 5 StR 69/53 - bei Dallinger MDR 1953, 400 (402); v. 22.6.1966 - 2 StR 160/66 - S. 3; OLG Oldenburg NJW 1961, 1225; Kleinknecht § 55 Anm. 4 A; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 4; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 2 b; Schütz S. 88.
3) In der Schweiz wird eine derartige Belehrung vor Beginn der Vernehmung für zulässig gehalten und sogar gefordert; vgl. oben S. 31 f.
4) Kleinknecht § 55 Anm. 4 A hält eine allgemeine Belehrung des Zeugen bei Beginn der Vernehmung bei schriftlicher Vernehmung im Zweifelsfall für vorsorglich geboten. Welchen Fall Kleinknecht dabei im Auge hat, ist nicht erkennbar.
5) aaO.
6) Schütz aaO scheint diese Bedenken nicht zu haben.
7) Eine Belehrung vor Beginn der Vernehmung über ein Auskunftsverweigerungsrecht sieht Art. 14 Abs. 1 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtages v. 23.3.1970 (BayGVBl. 1970, 95 ff.) vor; vgl. den Wortlaut oben S. 99 Fußn.3.

Es ist auch auf ein Bedenken mehr psychologischer Art hinzuweisen. Die in § 57 StPO vorgesehene allgemeine Belehrung jedes Zeugen enthält die Androhung einer Freiheitsstrafe, wenn der Zeuge nicht die Wahrheit sagt oder seine Aussage nicht vollständig ist. Dadurch soll der Zeuge veranlaßt werden, alles, was er über den Vernehmungsgegenstand weiß, der Wahrheit gemäß zu berichten [1]. Diese Androhung entspricht jedoch nicht der Rechtslage, sie ist unvollständig. Denn jeder Zeuge kann sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht berufen und, wenn dies berechtigterweise geschieht, die Auskunft über bestimmte Tatsachen verweigern; die Aussagepflicht besteht also gar nicht in dem unbeschränkten Umfang, wie es die Belehrung des § 57 StPO vermuten läßt. Möglicherweise würde ein Zeuge seine Aussage ganz anders gestalten, wenn er von vornherein wüßte, daß er bei belastenden Aussagen sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen kann.

Eine allgemeine Belehrung würde nicht den Eindruck bei dem Zeugen erwecken, den Sarstedt befürchtete, als er auf dem 46. Deutschen Juristentag fragte: "Wollen Sie den Richter für verpflichtet halten, jedem Ehrenmann zu sagen, daß er nicht auszusagen brauche, wenn er vielleicht selbst der Täter sei?" [2] Träfe dies zu, dann müßte sich der Zeuge auch die Belehrung nach § 57 StPO verbitten, in der ihm ja unterstellt wird, daß er möglicherweise lügen und sogar ein Verbrechen - einen Meineid - begehen werde.

---

1) Die Belehrung soll in "eindringlicher", "eindrucksvoller", "wirkungsvoller" Weise geschehen. - Vgl. Kleinknecht § 57 Anm. 1; Eb. Schmidt, Teil II § 57 Rn. 2; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 57 Anm. 2; Sax in Müller-Sax (KMR) § 57 Anm. 1c; die Folgen einer wahrheitswidrigen Aussage werden somit besonders deutlich für den Zeugen herausgestellt.

2) Beweisverbote S. 19; vgl. auch Glaser, Hdb. I S. 540, der zu bedenken gab, daß die Belehrung einen "bedenklich suggestiven Charakter annehmen" könne.

Diese im Gesetz vorgesehene Belehrung ist für einen Ehrenmann [1] ebenso wenig annehmbar wie diejenige über das Auskunftsverweigerungsrecht [2].

Die Belehrung, die gleichzeitig mit der Ermahnung zur Wahrheit nach § 57 StPO erfolgen müßte, könnte etwa folgenden Wortlaut haben:

"Sie stehen hier als Zeuge vor Gericht. Vor Gericht müssen Sie die reine Wahrheit sagen. Wir werden versuchen, Ihnen durch unsere Fragen dabei zu helfen. Sie dürfen auch nichts verschweigen. Wissen Sie also etwas, was zur Sache gehört, so müssen Sie es auch ungefragt sagen. Soweit das Gesetz keine Ausnahme vorschreibt oder zuläßt, muß nämlich jeder Zeuge nach seiner Aussage schwören, daß er nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen hat. Denken Sie daran, daß falsche oder lückenhafte Aussagen sehr leicht zu ungerechten Urteilen führen. Ein Zeuge, der es an Gewissenhaftigkeit fehlen läßt, lädt deshalb eine schwere Verantwortung auf sich. Falsche, auch unvollständige Aussagen vor Gericht werden streng bestraft, selbst wenn sie nicht beschworen worden sind. Denken Sie bitte daran, damit Sie sich nicht selbst unglücklich machen. Ich möchte Sie davor bewahren.

Niemand ist verpflichtet, sich selbst durch seine Aussage zu belasten. Auch seine nächsten Angehörigen braucht er nicht zu beschuldigen: seine Ehefrau oder seinen Ehemann, selbst wenn die Ehe inzwischen geschieden worden ist, den Verlobten, die Eltern und Großeltern, Kinder und Enkel, Geschwister und einige andere. Ist Ihnen etwas zweifelhaft, so fragen Sie mich bitte. Sie brauchen also nichts auszusagen, was Sie selbst oder einen solchen Angehörigen, in die Gefahr bringt, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gerichtlich verfolgt zu werden. Sie dürfen hier aber auf keinen Fall und aus keinem Grunde lügen. Sie dürfen deshalb diese unangenehmen Tatsachen nicht einfach verschweigen oder gar abstreiten; Sie müssen vielmehr die Auskunft ausdrücklich verweigern. Sie brauchen als Zeuge auch keine Frage zu beantworten, wenn mit ihr ausdrücklich danach gefragt werden sollte, ob Sie oder einer Ihrer Angehörigen eine strafbare Handlung begangen haben.

---

1) Aber nicht jeder Zeuge ist ein Ehrenmann.
2) Die Bedenken an der Form der Belehrung dürfen nicht zu der Annahme verführen, aus Rücksicht auf den Zeugen sollte der Hinweis auf die Strafbarkeit falscher Aussage de lege ferenda entfallen. Der Hinweis hat besonders bei unsicheren Zeugen eine wichtige Aufgabe; nur die Form sollte sich ändern.

Dieses Recht steht jedem Zeugen zu, und zwar unabhängig davon, wie er antworten müßte. Die Auskunftsverweigerung wird Ihnen nicht übelgenommen und es werden daraus auch keine Schlüsse gegen Sie gezogen; das Gesetz gibt Ihnen das Recht zu dieser Weigerung. Sollten wir es erkennen, daß Sie sich in einer solchen Lage befinden, so werden wir Sie noch einmal besonders auf Ihr Verweigerungsrecht hinweisen. Haben Sie von sich aus Zweifel, so fragen Sie mich. Als Zeuge leisten Sie dem Gericht einen staatsbürgerlichen Dienst; das Gericht ist Ihnen dabei Hilfe schuldig."

Sinnvoll ist die allgemeine Belehrung vor der Vernehmung aber nur dann, wenn sie dem Zeugen tatsächlich klar macht, wann er die Auskunft verweigern darf. Ob das erreicht werden kann, ist aber sehr zweifelhaft. Das beschränkte Verweigerungsrecht des § 55 StPO [1] kommt - im Gegensatz zu § 52 StPO - in der Regel erst während der Vernehmung zur Geltung. Bei einer allgemeinen Belehrung besteht daher die Gefahr, daß der Zeuge im entscheidenden Augenblick vom Gericht allein gelassen wird. Der Zeuge weiß nicht, ob er berechtigt ist, jetzt die Auskunft zu verweigern. Für ihn als Laien ist es schwierig, die allgemeine Belehrung auf die eintretende Prozeßlage anzuwenden. Er muß aber gerade dann belehrt werden, wenn die für ihn gefährliche Prozeßlage eintritt. Erfolgt dies nicht, dann wird der Schutz des Zeugen in den meisten Fällen mißlingen. Um dies zu vermeiden, wäre das Gericht auf Grund seiner Fürsorgepflicht [2] gehalten, den Zeugen beim Eintritt des in § 55 StPO

---

1) Vgl. oben S. 43 ff. des Textes.
2) Zur prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts gehört es, "das Verfahren justizförmig, pfleglich und zweckvoll zu gestalten". So Kleinknecht Einl. Anm. 7 A und ders. in Kleinknecht-Müller Einl. Anm. 12 II a und § 55 Anm. 2a; Sax in Müller-Sax (KMR) Einl. Anm. 13 I a; vgl. auch OLG Hamm NJW 1969, 943 (944) zu einem Fall der Fürsorgepflicht; zur allgemeinen Geltung des Grundsatzes der "hoheitlichen Fürsorge gegenüber jedem Dritten" im gesamten Bereich hoheitlichen Tätigwerdens des Staates vgl. BGHZ 14, 319 (321); BGH NJW 1956, 57.

geregelten Falles erneut zu belehren [1].
Dann wäre aber unklar, welche der beiden Belehrungen die von § 55 Abs. 2 StPO geforderte und damit die entscheidende Belehrung ist.
Käme es auf die vorweggenommene Belehrung an, so wäre jedes Urteil hinsichtlich der Verletzung des § 55 Abs. 2 StPO revisionssicher. Die Belehrung wäre erteilt worden; sie wäre nicht falsch, da der Zeuge ja nur über ein ihm möglicherweise zustehendes Recht unterrichtet wurde; ein Zusammenhang mit einer Verfahrenslage bestünde nicht.
Dann könnte aber die zweite Belehrung bei Eintritt der Gefahrenlage vernachlässigt werden; die Landgerichte würden sich Gummistempel beschaffen mit dem Text: "Der Zeuge wurde zur Wahrheit ermahnt und gemäß § 55 StPO belehrt", wie Sarstedt es ausgedrückt hat [2]. Dem Zeugen wäre damit genau so wenig geholfen wie den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die praktischen Auswirkungen wären dann aber noch geringer als bei einem als Sollvorschrift verstandenen § 55 Abs. 2 StPO.
Ist aber nur die zweite Belehrung wesentlich, dann kann die allgemeine Belehrung fortgelassen werden; sie verwirrt den Zeugen nur unnötig.
Waiblinger meint aber für das Auskunftsverweigerungsrecht der bernischen Strafprozeßordnung (Art. 141 Nr. 2), nur eine Belehrung vor Beginn der Anhörung verhindere, daß der Richter die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht möglichst unterlasse, um den Untersuchungszweck nicht zu gefährden [3]. Dieses dem Richter entgegengebrachte Mißtrauen ist aber durch nichts bewiesen

---

1) A.A. bei einer Belehrung zu Beginn der Vernehmung das OLG Celle NJW 1958, 72 (74).
2) Beweisverbote S. 20.
3) Art. 141 Anm. 9.

und eignet sich daher nicht als Argument für eine allgemeine Belehrung.

Es erscheint mir daher richtig, die Belehrung dann zu verlangen, wenn nach der Sachlage die Gefahr der Strafverfolgung bestehen kann.

Bei der Belehrung ist darauf zu achten, daß der Zeuge das Recht der Auskunftsverweigerung versteht [1]; andernfalls kann er sein Recht nicht frei und ungezwungen ausüben. Diese Forderung ist jedoch nicht immer zu erfüllen. Denn selbst dann, wenn der Vernehmende einen Verdacht hegt, wird es oft schwierig sein, dem Zeugen sein Recht klarzumachen. Je deutlicher man nämlich den Zeugen belehrt, desto belastender kann die Verweigerung sein. Verdächtigt der Richter zum Beispiel den Alibizeugen der Teilnahme, dann müßte eine klare Belehrung etwa lauten:

> "Es wäre ja denkbar, daß Sie den Einbruch zusammen mit dem Angeklagten ausgeführt haben. Sie brauchen dann nicht zu antworten, Sie können zu diesem Punkt die Auskunft verweigern. Sie können zwar auch eine Beteiligung zugeben; Sie dürfen sie aber nicht bestreiten, wenn Sie tatsächlich dabei waren."

Auch wenn der Zeuge diese Belehrung versteht, ist seine Lage unerfreulich. Die Verweigerung der Auskunft nach einem so deutlich geäußerten Verdacht wird leicht den Eindruck erwecken, der Zeuge habe etwas zu verbergen.
Die Schwierigkeit, deutlich zu belehren, würde noch anwachsen, wenn der Zeuge allgemein vor der Vernehmung zu belehren wäre. Da der Belehrende nicht auf eine bestimmte Prozeßlage hinweisen kann, kann er dem Zeugen nicht deutlich machen, in welchen Einzelfällen dieser nun die Auskunft verweigern kann.

---

1) Vgl. zu § 52 StPO Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 52 Anm. 4 c.

Daß die Belehrung erfolgt ist, ist nicht die Voraussetzung für die Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechtes durch den Zeugen [1]; die Belehrung soll den Zeugen ja nur informieren. Der Zeuge kann sein Recht also auch ohne Belehrung ausüben [2].

2. Die Verletzung der Belehrungspflicht und ihre Folgen

An dem durch Art. 3 Nr. 19 des Rechtsvereinheitlichungsgesetzes vom 12.9.1950 [3] neu eingeführten § 55 Abs. 2 StPO, der die Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht zur Pflicht machte, hat sich ein bis heute nicht beigelegter Streit um die Bedeutung und die Auswirkungen der Belehrungspflicht entzündet. Streitig ist vor allem die Frage, ob eine Verletzung der Belehrungspflicht dazu führt, daß der Angeklagte wegen der Verletzung einer Verfahrensnorm (§ 337 StPO) das Urteil erfolgreich mit der Revision anfechten kann.

Vor Einführung des § 55 Abs. 2 StPO war eine Belehrung bei § 55 StPO im Gegensatz zu § 52 StPO [4] von der Rechtsprechung nicht für erforder-

---

1) Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 2a; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 2 a.
2) Sarstedt, Beweisverbote S. 19 bringt folgendes interessante Beispiel für eine Auskunftsverweigerung ohne Belehrung: " Beim Amtsgericht Göttingen ist es vorgekommen, daß der Angeklagte einen Staatsanwalt - nicht den Sitzungsvertreter, sondern einen anderen - als Alibizeugen benannt hat. Der Zeuge sagte (ohne Belehrung): 'Ich kann mit aller Bestimmtheit bekunden, daß nicht der Angeklagte diese Tat begangen hat; über alles weitere verweigere ich die Auskunft'."
3) BGBl. 1949/50 S. 455.
4) Vgl. z.B. RGSt. 2, 192 (193); 8, 122 (123); 9, 384 (386 f.); 20, 186 (187); 32, 72 (74); 48, 359 (360), die die Belehrung als Voraussetzung der Vernehmung ansahen; die abweichende Entscheidung RGSt. 16, 214 (215) überzeugt nicht - so auch Schütz S. 60.

lich gehalten worden: Die Belehrung sei im Gesetz nicht vorgeschrieben und aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich auch nicht die Absicht, beide Vorschriften gleichzustellen [1]; eine Belehrung durch den Vorsitzenden wurde aber für zulässig gehalten [2]. Aus dem Fehlen einer Belehrungsvorschrift hatte das Reichsgericht gefolgert, daß das Unterbleiben der Belehrung nicht die Revision rechtfertige [3]. Auch eine falsche Belehrung, der Zeuge dürfe die Auskunft nicht verweigern, konnte eine Revision nicht begründen, da dem Angeklagten nach Ansicht des Reichsgerichts kein Anspruch darauf zustand, daß die betreffenden Fragen unbeantwortet blieben, und die prozessualen Befugnisse des Angeklagten durch die allein im Willen des Zeugen stehende Entscheidung, ob er aussagen wolle oder nicht, nicht berührt würden [4]. Demgegenüber sah das Reichsgericht in der ungerechtfertigten Gewährung des Auskunftsverweigerungsrechtes eine Rechtsverletzung und unzulässige Beeinträchtigung des Angeklagten, die die Aufhebung begründete [5].

1) Vgl. hierzu RG Rspr.3,350; 6,617 f.; RGSt.10,154 f.; RG GA 43,52 (53); BayObLGSt.5,37 (38); Bay ObLG JW 1928,3191; OLG Stuttgart NJW 1950, 760.
2) So Hartung in Löwe-Rosenberg (19.Aufl.) § 55 Anm. 7; die von Hartung aaO zitierte Entscheidung des BayObLG JW 1928,3191 sagt nur, daß eine Belehrung nicht erforderlich ist.
3) RGSt.10,154 (155); OGHSt.2,98 (99); vgl.schon Glaser, Hdb. I S. 540 f.
4) RGSt.38,320; RG DRiZ 1930 Nr. 354; RGSt.48,269 (270) erwähnt § 55 StPO nur beiläufig; so auch schon Pr.Ob.Trib.Oppenhof Rspr. 4,259 (260); a.A. Feisenberger § 55 Anm. 4; wohl auch Hartung in Löwe-Rosenberg (19.Aufl.) § 55 Anm.7: "Nach RGSt. 38,320 gibt eine falsche Belehrung keinen Revisionsgrund. Dieser Grundsatz ist wohl dahin einzuschränken, daß eine falsche Belehrung unschädlich ist, wenn der Zeuge das Zeugnis nicht verweigert hat und ihm die Entschlußfreiheit gewahrt worden ist." Dieser Satz wäre eigentlich überflüssig, da das Urteil auf dem Fehler (der unrichtigen Belehrung) gar nicht beruhen könnte.Der Satz bekäme aber dann einen Sinn, wenn man ihn läse: "Dieser Grundsatz ist wohl dahin einzuschränken, daß eine falsche Belehrung nur dann unschädlich ist, wenn.....
5) RG GA 43, 242 (243); Recht 1909 Nr. 2761 und 1928 Nr. 213.

a. Die Rechtsprechung zu § 55 Abs. 2 StPO und ihre Kritik

In Fortsetzung der Reichsgerichtsrechtsprechung zur unterbliebenen Belehrung [1] hielt der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 27.2.1951 die Revision des Angeklagten, der die Verletzung des § 55 StPO gerügt hatte, auch nach Einführung der Belehrungspflicht [2] für unbegründet. Der Bundesgerichtshof stellte darauf ab, daß die neu geschaffene Belehrungspflicht den Schutz des Zeugen durch das Auskunftsverweigerungsrecht - das aus dem allgemeinen Grundsatz hervorgegangen sei, daß niemand gezwungen werden dürfe, sich selbst zu belasten - zwar wirksamer gestalten sollte, die verfahrensrechtliche Stellung des Angeklagten sei aber nicht verändert worden. Das Recht des Zeugen sei ein Persönlichkeitsrecht und beruhe nicht auf Beziehungen zum Angeklagten, durch die dieser notwendig mitgeschützt werde. Der Angeklagte werde daher in seinen prozessualen Rechten nicht betroffen, wenn die Belehrung vorschriftswidrig unterbliebe.
Demgegenüber hatte das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 28.3.1951 [3] eine Revision für begründet erachtet, weil die Belehrung nach §55 Abs.2 StPO nicht erfolgt war. Das Oberlandesgericht meinte, daß wegen der Einführung der Belehrungspflicht die zu § 52 StPO entwickelten und anerkannten Grundsätze [4] auch auf § 55 StPO ausgedehnt werden müßten.

---

1) Nach Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14 für den damaligen Rechtszustand zutreffend.
2) BGHSt. 1, 39 f.
3) NJW 1951, 614 - Die Entscheidung des BGH ist erst im Mai - also nach dem Urteil des OLG Frankfurt - veröffentlicht worden.
4) Es ist ein Revisionsgrund, wenn die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO fälschlicherweise unterblieben war. - Vgl. RGSt. 20, 187; RG JW 1936, 3009 Nr. 62; 1938, 2270 Nr. 3; vgl. obiter dicta in BGHSt. 1,39 (40); 12,235 (243); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 52 Anm.6a; Eb.Schmidt, Teil II § 52 Rn. 21.

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes hat in seinem Beschluß vom 21.1.1958 [1] die Auffassung des 1. Strafsenats bestätigt und eine ausführliche Begründung für seine Ansicht gegeben. Der Große Senat lehnt "ein allgemeines Recht der Verfahrensbeteiligten, jedes prozeßordnungswidrige Verhalten, also jeden irgendwie gearteten Verfahrensverstoß des Gerichts mit der Revision zu rügen" ab [2] und prüft, ob die Verletzung des § 55 StPO den Rechtskreis des Revisionsführers verletzt [3]. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes wird aber der Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt, da das Auskunftsverweigerungsrecht ausschließlich auf der Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen beruhe und dem Zeugen den Konflikt zwischen Wahrheitspflicht einerseits und Selbstbezichtigung beziehungsweise der Beschuldigung von Angehörigen ersparen wolle [4].
Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [5,6] - insbesondere der Entscheidung des Großen Senats -

---

1) BGHSt. 11, 213 ff.
2) BGHSt. 11, 213 (214 f.).
3) BGH aaO S. 214.
4) BGH aaO S. 216 f.
5) Der BGH hat seine Auffassung in st.Rspr. immer wieder bestätigt; vgl. BGH NJW 1957, 918 (919); VRS 15, 112 (113); 18, 206 (207); Urt.v.20.10. 1967 - 4 StR 443/67 - bei Dallinger MDR 1968, 200 (202); v.19.12.1952 - 3 StR 118/52; v.19.1. 1954 - 5 StR 589/53; v.4.3.1954 - 4 StR 546/53; v.18.3.1954 - 3 StR 264/53; v.28.11.1954 - 1 StR 808/52; v. 24.1.1956 - 1 StR 568/55 (insoweit nicht in BGHSt. 9, 34 ff.).
6) Vgl. zu der Entwicklung der Rspr. auch die instruktive Zusammenstellung bei Ziegler S. 91 ff.

wird in der Literatur in steigendem Maße widersprochen [1]. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte [2] und ein Teil der Lehre [3] folgt dagegen dem Bundesgerichtshof.

---

1) So insbesondere Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14; ders. JZ 1958, 596 ff.; Gossrau MDR 1958, 468 ff. und Schütz (Diss.) in ausführlichen Abhandlungen; ebenfalls gegen den BGH: Alsberg-Nüse S. 204 Fußn. 25a und S. 99 f.; Busch JZ 1953, 703 f.; Feldmann NJW 1959, 853 (854 f.); Geerds, Studien S. 177 f.; Hanack JZ 1971, 126 (127); Henkel (2. Aufl.) § 50 III 2c (a.A. noch die 1. Aufl.); Jescheck GA 1959, 65 (84); Kern-Roxin § 24 D III 2, 2c; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller Vorbem. 2e (IV) vor § 48, § 55 Anm. 4b; Koffka JR 1968, 30 f.; E. Peters ZZP 76, 145 (164); K. Peters, Gutachten S. 128; Rudolphi MDR 1970, 93 (95 ff.); Sax in Müller-Sax (KMR) Vorbem. 2 b (I) 1 und 2 b (II) 2 vor § 48, § 55 Anm. 5; Schorn, Strafrichter S. 254; Schünemann MDR 1969, 101 (102 Fußn.10); Schwarz § 55 Anm. 1A; Spendel NJW 1966, 1102 (1108); Ziegler S. 99 Fußn. 348; so schon Beling, Beweisverbote S. 30 f.; wohl auch Niese JZ 1953, 219 (223); Werner DRiZ 1956, 73 hat Bedenken gegen das Ergebnis von BGHSt. 1,39 f. nimmt es aber aus praktischen Erwägungen hin.

2) BayObLGSt. 1953, 92 (93); 1964, 141 (142); 1966, 166 ff.; BayObLG Urt. v.31.3.1960 - 4 St 359/59; v.9.3.1961 - 4 St 312/60; v.26.10.1961 - 4 St 328/61; KG VRS 4, 364 (365); 6, 291 (292); KG Urt. v. 13.1.1954 - 1 Ss 319/53 (306/53); v. 10.3.1954 - 1 Ss 510/53 (493/53); OLG Oldenburg NdsRpfl. 1954, 176; OLG Oldenburg Urt.v. 20.4. 1954 - Ss 50/54; OLG Frankfurt GA 1969, 124 übernimmt die Grundsätze des BGH. A.A. war nur das OLG Frankfurt NJW 1951, 614, das aber die Entscheidung BGHSt. 1,39 f. noch nicht kannte (vgl. S. 156 Fußn. 3 des Textes); vgl. aber auch SchlOLG SchlHA 1956, 330 (331).

3) Busch LM § 55 StPO Nr. 5; ders. DRiZ 1960, 347 (349) - anders noch in JZ 1953, 703 f. -; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 55 Anm. 5; Erbs § 55 Anm. II (allerdings nur für falsche Belehrung); Grünwald JZ 1966, 489 (490), der dem BGH nur im Ergebnis zustimmt; Henkel (1.Aufl.) § 61 II 1c,bb; Kern § 26 C I 1 und § 55 C II 2b; Kleinknecht § 55 Anm.7; ders. NJW 1966,1537 (1539); Koeniger S. 365; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 3 und 7; K.Peters, Lb. § 42 III 2c,cc (anders in Gutachten S.128); Martin LM § 55 StPO Nr.3; ders.LM § 1 JGG Nr.1; Sarstedt,Revision S.158; ders.,Beweisverbote S. 18; Schäfer in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) Einl. Kap.12 Anm.III 2 und VI 5; Tillmann in Löwe-Rosenberg (20.Aufl.) § 55 Anm.11; Wolff NJW 1953, 1656 Fußn.1; wohl auch Dallinger MDR 1951,273 (275); vgl.auch Klug,Beweisverbote S.55,der ein

Fortsetzung S. 159

Während viele Gegner der Rechtsprechung nur denjenigen Teil der Begründung kritisieren, der unter dem Namen "Rechtskreistheorie" bekannt geworden ist [1], ist es aber erforderlich alle Argumente des Großen Senats auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, um sich zu Sarstedts Bemerkung äußern zu können, der über diese Entscheidung gesagt hat: "Wem die Rechtskreistheorie nicht gefällt, der möge sie vergessen. Am Ergebnis ändert das gar nichts." [2]

aa. Allgemeines Rügerecht

Der Bundesgerichtshof hält - wie er sagt - "in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes" ein allgemeines Recht der Verfahrensbeteiligten, "jedes prozeßordnungswidrige Verhalten" [3] mit der Revision zu rügen, nicht für gegeben [4]. § 337 StPO gebe hierüber keinen Aufschluß; gegen eine unbeschränkte Anfechtbarkeit spreche aber schon die natürliche Stufung der Verfahrensvorschrif-

---

Fortsetzung S. 158:
Beweisverwertungsverbot nur dann annehmen will, wenn die Unterlassung der Belehrung die Justizförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens als Ganzes in Frage stellt.

---

1) Dieser Ausdruck geht auf Gossrau MDR 1958, 468 zurück, der gesagt hatte, der Große Senat baue "den vom 1. Senat entwickelten, auf die Verfahrensrüge zu § 55 Abs. 1 StPO beschränkten Gesichtspunkt des 'nicht berührten Rechtskreises' in einer Weise aus, daß man von einer 'Rechtskreistheorie' sprechen möchte."
2) Beweisverbote S. 18.
3) Darunter versteht der BGH jeden irgendwie gearteten Verfahrensverstoß des Gerichts, besonders im Hinblick auf die Belehrungspflichten beim Zeugenbeweis.
4) BGHSt. 11, 213 (214).

ten [1]. Weiterhin sei die Möglichkeit, Verfahrensverletzungen festzustellen, für das Revisionsgericht sehr beschränkt [2]; auch die Notwendigkeit gegen sachleitende Entscheidungen des Vorsitzenden zunächst das Gericht anzurufen (§ 238 Abs. 2 StPO) spreche gegen ein allgemeines Rügerecht [3].

Es fällt auf, daß der Bundesgerichtshof die von ihm behauptete Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung bei der Ablehnung eines allgemeinen Rügerechts mit keiner Fundstelle belegt hat. Das ist besonders deswegen bemerkenswert, weil sich das Reichsgericht zu Gesetzesverletzungen mehrfach in einer Form geäußert hatte, die durchaus auf eine Anerkennung eines allgemeinen Rüge-

---

1) BGH aaO: "Neben allgemein übergeordneten Normen, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens gewährleisten (vgl. u.a. § 169 GVG, §§ 22 - 27, 136a, 140, 338 StPO), enthält das Strafverfahrensrecht Vorschriften, die nach ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechte der Verfahrensbeteiligten sehr verschieden zu bewerten sind, und auch solche, deren Anwendung von dem nicht nachprüfbaren Ermessen des Tatrichters abhängt. Nicht alle Bestimmungen - von bloßen Ordnungsvorschriften ganz abgesehen - berühren den Rechtskreis in gleichem Maße."

2) BGH aaO S. 214 f.: Das Sitzungsprotokoll gebe den Gang der Hauptverhandlung nur im wesentlichen und nur die Beobachtung der wesentlichen Formerfordernisse wieder; der Nachweis nicht protokollpflichtiger Verfahrensvorgänge im Rahmen der Revision sei häufig unmöglich, da der Freibeweis mangels ausreichender Unterlagen für eine Würdigung durch das Revisionsgericht meistens scheitere.

3) BGH aaO S. 215.

rechts schließen läßt [1].

Die Argumentation, § 337 StPO ergebe keinen Anhaltspunkt für ein unbeschränktes Rügerecht, hat besonders bei Schütz Widerspruch gefunden [2]. Bei der Qualität und Durchbildung der Strafprozeßordnung und ihrem Bestreben, Einschränkungen von Anfechtungsmöglichkeiten klar zu normieren [3], wäre es seiner Auffassung nach überraschend, wenn der Wortlaut des § 337 StPO keine Antwort gäbe [4], also unklar oder unvollständig wäre.
Die zahlreichen Änderungen der Strafprozeßordnung seit ihrem Inkrafttreten sprechen aber eher gegen als für die Qualität des Gesetzes. Auf jeden Fall nehmen aber spätere Nachbesserungen und Einfügungen - wie § 55 Abs. 2 StPO - nicht an der ursprünglichen Durchbildung teil. So war es zum Beispiel wenig folgerichtig, obwohl das artikulierte Verhör abgeschafft und der selbständige Bericht des Zeugen nach § 69 StPO eingeführt worden war, in § 55 StPO die "Auskunftsverweigerung auf Fragen" beizubehalten [5]. Auch die Regelung des Wiederauf-

---

1) So hat das RG erklärt, der Angeklagte habe ein Recht, daß gegen ihn prozeßordnungsgemäß verfahren wird - RGSt. 57, 63 (64); 71, 21 (23); "daß kein nach den Gesetzen unzulässiges Beweismittel gegen ihn vorgeführt werde und daß jene Gesetzesvorschriften richtig angewendet werden, welche die Voraussetzung zur Prüfung der Zulässigkeit eines solchen Rechtsmittels betreffen." RGSt. 2, 192 (194); "ein das Rechtsmittel begründender Eingriff .....liegt auch dann vor, wenn..... die Entscheidung über den Strafausspruch auf einem Verfahren beruht, welche die vom Gesetz für die Erhebung des Beweises gegebenen Normen verletzt" - RGSt. 4, 355 (357 f.); in RGSt. 8, 122 (123 f.) und 20, 186 (187) hat das RG die Verwertung von Beweismitteln verboten, die nicht auf prozeßordnungsgemäßem Wege gewonnen worden waren.
2) S. 8 ff.
3) Schütz S.9 nennt die §§ 16, 28 Abs. 2, 46 Abs.2, 182 Abs. 2, 202 Abs. 3, 210 Abs. 2 StPO. Die Zahl der Beispiele ist zu gering,um beweiskräftig zu sein. Die Beispiele überzeugen aber auch nicht, weil den Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit die unterschiedlichsten Gesichtspunkte zu Grunde liegen.
4) So aber BGHSt. 11, 213 (214).
5) Vgl. oben S. 66 ff. des Textes.

nahmeverfahrens stand teilweise nicht im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen der Strafprozeßordnung. Einerseits wurde die freie Beweiswürdigung in § 260 (a.F.) StPO [1] eingeführt, andererseits war aber nach §§ 399 Nr. 2, 402 Nr. 2 (a.F.) StPO [2] in Verbindung mit § 404 (a.F.) StPO [3] die Nichtvereidigung eines Zeugen ein Hindernis für ein Wiederaufnahmeverfahren. Der Wortlaut des § 337 StPO ist auch nicht beweiskräftig, da schon der Sinn dieser Bestimmung nicht eindeutig ist. Eine Rechtsnorm ist doch sicher auch dann "unrichtig angewendet", wenn ein Unschuldiger verurteilt worden ist. Darum soll sich das Revisionsgericht aber gerade nicht kümmern. Obwohl der Wortlaut des § 337 StPO nichts dazu sagt, ist man sich in Rechtsprechung und Schrifttum einig, daß sich das Revisionsgericht nur mit Rechtsfragen und nicht mit der Sachverhaltsfeststellung zu beschäftigen hat [4]; gegenüber früheren gesetzlichen Regelungen [5] sagt das die Strafprozeßordnung aber gerade nicht mehr. Daß Schütz [6] aus der Stellung des § 337

---

1) idF des Gesetzes v. 1.2.1877 (RGBl. S. 253), jetzt § 261 StPO.
2) idF des Gesetzes v.1.2.1877 (RGBl. S. 253), jetzt §§ 359 Nr. 2, 362 Nr. 2 StPO.
3) idF des Gesetzes v. 1.2.1877 (RGBl. S. 253), jetzt § 364 StPO.
4) Vgl. Jagusch in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 337 Anm. B II 1, 3.
5) Nach § 91 des Gesetzes v. 17.7.1846 (Ges.-S. 1846 S. 267 ff.) war bei der "Revision"nicht nachprüfbar, "ob und inwieweit die in der Untersuchung zur Sprache gekommenen Tatsachen für erwiesen anzunehmen sind."
6) S. 9 f.

StPO [1] innerhalb des Gesetzes nach der "Beschwerde" (§§ 304 - 311 StPO) und der "Berufung" (§§ 312 - 332 StPO), die eine umfassende Prüfung gestatteten, auf die grundsätzlich uneingeschränkte Anfechtbarkeit schließt, überzeugt nicht. Die Reihenfolge der Rechtsmittel im Gesetz sagt nichts über die Möglichkeit der allgemeinen Revisionsrüge aus.
Auch der Hinweis auf § 339 StPO [2] überzeugt nicht. Schütz übersieht den § 338 Nr. 8 StPO, der auch die Anfechtungsmöglichkeiten des Angeklagten einschränkt.

Schütz wirft dem Großen Senat vor, er habe die Entstehungsgeschichte der Revision nicht berücksichtigt, obwohl diese wesentliche Hinweise für die Lösung der Frage enthalte [3].

Die Einführung der Revision in der Reichsstrafprozeßordnung von 1877 beruht im wesentlichen auf der Entwicklung, die das Rechtsmittelsystem in Preußen während des 18. und 19. Jahrhunderts genommen hatte [4].
Der Anwendungsbereich der Nichtigkeitsbeschwerde

---

1) Der Hinweis Schütz' S. 10 auf die amtliche Überschrift des § 337 StPO "Revisionsgründe", die zeige, daß "dieser Vorschrift die maßgebende Bedeutung für die Regelung der Revisionsgründe und daher auch für eine Abgrenzung der Rügemöglichkeit zukommt", geht fehl. Die amtlichen Bekanntmachungen der StPO enthalten keine Überschrift bei § 337 StPO.
2) Schütz S. 11 entnimmt der Einschränkung der Revision für die StA und dem Fehlen einer entsprechenden Vorschrift für den Angeklagten ein Indiz für ein unbeschränktes Rügerecht.
3) Schütz S. 11.
4) Schwinge S. 8; zur Geschichte der Rechtsmittel vergleiche auch Schütz S. 12 f.; Zachariae, Hdb. II S. 570 ff.

des gemeinen Rechts [1,2] war durch die Allgemeine Gerichtsordnung von 1793 in Preußen kaum erweitert worden [3]. Während die Mängel des Rechtsmittelsystems der Allgemeinen Gerichtsordnung [4] im Zivilprozeßrecht zu einer langsamen, aber stetigen Reform führten [5], blieb es im Strafver-

---

1) Über die Nichtigkeitsgründe herrschte im Einzelnen Streit; die Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines Verfahrensverstoßes hatte aber nur bei Verstößen gegen wesentliche Bestandteile und Formen des Strafverfahrens Aussicht auf Erfolg; vgl. Zachariae aaO S. 585 f.; Schütz S. 12 f.; - der Verstoß gegen materielle Rechtsvorschriften galt im allgemeinen nicht als Nichtigkeitsgrund, vgl. Zachariae aaO S. 586.

2) Die rechtsgeschichtliche Bedeutung der Nichtigkeitsbeschwerde ist bis heute nicht endgültig geklärt. Schütz S. 13 sieht in ihr wohl einen Vorläufer der Revision in ihrer heutigen Form; a.A. Schwinge S. 7.

3) Nach der A.G.O. 16. Titel § 2 Nr. 2 war die Nichtigkeitsbeschwerde zwar schlechthin bei Verletzung des Gesetzes zulässig, allerdings nur dann, wenn es sich um ein "klares Gesetz" handelte; vgl. Schwinge S. 9.

4) Als Hauptmangel wurde die fehlende Begründungspflicht für Entscheidungen letzter Instanz empfunden, da deswegen die Grundsätze der obersten Gerichtshöfe für die Rechtssuchenden wie auch den Untergerichten unbekannt blieben. Die dadurch eingetretene Rechtsunsicherheit beeinträchtigte das Vertrauen in die Rechtspflege und wurde durch allgemeine Erläuterungen des Justizministeriums kaum ausgeglichen. Auch die Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde auf Verstöße gegen "klare Gesetze" wurde als unbefriedigend angesehen; vgl. Schwinge S. 8 f.

5) Nachdem die 1826 eingesetzte "Revisionsdeputation" unter dem Einfluß des sich als sehr wirksam erweisenden rheinisch-französischen Kassationsverfahrens ein kassationsartiges Rechtsmittel vorgeschlagen hatte, obwohl v. Feuerbach, Betrachtungen S. 94 ff, 276 ff. sich gerade erst gegen die Übernahme des französischen Rechts ausgesprochen hatte, wurde wegen der zunehmenden Belastung des Pr.Ob.Trib. eine Teilreform des Rechtsmittelwesens notwendig. Vorschläge auf Einführung eines dem französischen Recht entsprechenden Rechtsmittels wurden dergestalt abgeändert, daß die VO v. 14.12.1833 (Ges.-S. 1833 S. 302 ff.) zwei letztinstanzliche Rechtsmittel einführte: als ordentliches die allerdings wesentlich umgestaltete Revision der All-

Fortsetzung S. 165.

fahren zunächst beim bisherigen Rechtszustand. Da die sog. weiteren Verteidigungen [1] aber niemals an den höchsten Gerichtshof gelangten und die bei schweren Delikten notwendigen Bestätigungen der Urteile durch die Justizministerien [2] die Aufgaben einer höchsten Instanz nicht erfüllen konnten, begann man die Einführung eines der Kassation entsprechenden Rechtsmittels auch für Strafsachen zu fordern. Unter dem Einfluß von Savigny entstand das Gesetz vom 17.7.1846 betreffend das Verfahren in den beim Kammergericht und dem Criminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen [3], das ein kassationsähnliches Rechtsmittel [4] mit der Bezeichnung "Revision" einführte [5], das aber schon durch die Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen

---

Fortsetzung v. S. 164:

gemeinen Gerichtsordnung mit Nachprüfung der Tat- und Rechtsfrage und als außerordentliches die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Beschränkung auf die Prüfung von Gesetzesverletzungen. Die Nichtigkeitsbeschwerde war zulässig (§ 4 der VO v. 14.12.1833):

1. Wenn das angefochtene Urteil einen Rechtsgrundsatz verletzt, er möge auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes beruhen, oder aus dem Sinne und Zusammenhang des Gesetzes hervorgehen; oder wenn dasselbe einen solchen Grundsatz in Fällen, wofür er nicht bestimmt ist, in Anwendung bringt;
2. wenn es eine wesentliche Prozeßvorschrift verletzt.

Welche Vorschriften als wesentlich anzusehen waren, bestimmte § 5 VO.
Diese Regelung bestand mit den Änderungen der königlichen Deklaration v.6.4.1839 zur Verordnung v.14.12.1833 nebst Instruktion vom 7.4.1839 (Ges.-S.1839 S. 126 ff., 133 ff.), die aufgetretene Mängel beseitigen sollte, bis zum Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30.1.1877.

---

1) Vgl. Zachariae, Hdb. II S. 578.
2) Vgl. Zachariae, Hdb. II S. 568 f.
3) Ges. -S. 1846 S. 267 ff.
4) § 93 - eine Abänderung war möglich, soweit das Urteil zweiter Instanz von dem der ersten abwich. - Eine derartige Bestimmung kennt die geltende StPO nicht.
5) § 87 Abs.2; nach § 91 des Gesetzes war nicht nachprüfbar, "ob und inwieweit die in der Untersuchung zur Sprache gekommenen Tatsachen für erwiesen anzunehmen sind oder nicht."

in Untersuchungssachen vom 3.1.1849 [1] wieder abgeschafft und durch die Nichtigkeitsbeschwerde als letztinstanzliches Rechtsmittel ersetzt wurde [2]. Im Gesetz vom 3.5.1852 [3] wurden dann die Nichtigkeitsgründe etwas weiter gefaßt [4], so daß nach Art. 107 des Gesetzes [5] die Nichtigkeitsbeschwerde nun bei einer Verletzung oder unrichtigen Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens zugelassen war [6]; eine Einschränkung bei Verstößen gegen materiellrechtliche Normen bestand dagegen nicht.
Unter anderem wegen der nicht unbeschränkten Rügemöglichkeit von Verfahrensverstößen befriedigte aber auch die Regelung des Gesetzes von 1852 sehr bald nicht mehr [7]. Dem Verlangen nach einer erneuten Reform des Rechtsmittels trug ein preußischer Gesetzentwurf vom 20.5.1860 Rechnung, wonach die unterschiedliche Behandlung des materiellen und formellen Rechts aufgehoben und somit die Beschränkung der Rügemöglichkeit auf die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften beseitigt werden sollte. Diese Situation fanden die Verfasser der Reichsstrafprozeßordnung vor [8]. Wenn man in der

---

1) Ges.-S. 1849 S. 14 ff.
2) Nach § 139 der VO fand die Nichtigkeitsbeschwerde statt:
   1. wegen Verletzung von Förmlichkeiten im Verfahren, deren Beachtung bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist,
   2. wegen Verletzung eines Strafgesetzes.
3) Ges.-S. 1852 S. 209 ff.
4) Vgl. hierzu Schwinge S. 16.
5) Art. 107 lautete:
   "Die Nichtigkeitsbeschwerde findet statt:
   1. wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung eines Gesetzes oder eines Rechtsgrundsatzes;
   2. wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens."
6) Einen Katalog der wesentlichen Verfahrensvorschriften enthielt § 108, der aber nur exemplarische Bedeutung hatte.
7) Preußisches Justiz-Ministerial-Blatt 1860 S.182 ff.; Motive S. 187 ff.; 273 ff.; 281 ff.; 300 ff.
8) Vgl. zur Entwicklung auch Schütz S. 16 ff.; Schwinge S. 15 ff.

Folge die Beschränkung auf wesentliche Verfahrensvorschriften fallen ließ und in der amtlichen Begründung feststellte:

> "Die Aufgabe des höheren Richters besteht nur in der r e c h t l i c h e n Beurteilung der Sache; für die Lösung dieser Aufgabe aber ist ihm freie Bewegung gewährt, und es sind seiner Tätigkeit möglichst wenig formale Grenzen gezogen" (1).

sowie

> "Der Entwurf unterscheidet auch nicht zwischen den Normen des materiellen Rechts und des Prozeßrechts, und grundsätzlich ist keine Prozeßvorschrift von der Begründung der Revision ausgeschlossen" (2).

dann spricht das für die Annahme eines unbeschränkten Rügerechts.

Auch die Materialien zur Zivilprozeßordnung sprechen für diese Auffassung. Hatte doch der Gesetzgeber die Zivilprozeßordnung und die Strafprozeßordnung als Teile eines größeren Ganzen verstanden und die Vorschriften beider Gesetze daher bewußt übereinstimmend geregelt, soweit nicht Abweichungen unabweislich waren [3]. In den Motiven zur Zivilprozeßordnung [4] wird darauf hingewiesen, daß die Tätigkeit des Revisionsgerichtes nicht durch den Gegenstand der verletzten Rechtsnorm beschränkt sei, gleichgültig ob sie das materielle Recht oder das Verfahrensrecht betreffe. Die Unterscheidung des preußischen Rechts[5] entbehre der inneren Rechtfertigung und habe eine gesunde Entwicklung des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde durch Theorie und Praxis ver-

---

1) Motive S. 201 (Hahn, Materialien StPO I S.250).
2) Motive S. 203 (Hahn, Materialien StPO I S.251).
3) Motive S. 202 (Hahn, Materialien StPO I S.250 f.).
4) Motive S. 318 (Hahn, Materialien ZPO I S. 366).
5) Gemeint ist die Unterscheidung in materielles Recht und Prozeßrecht, wobei nur eine Verletzung wesentlicher Prozeßvorschriften die Nichtigkeitsbeschwerde begründen konnte.

hindert. Die später aufgegebene Spezialisierung der als wesentlich zu betrachtenden Prozeßvorschriften [1] werde auch vom Entwurf fortgeführt; er schließe keine Prozeßvorschrift von der Revision aus. Bei § 489 des Entwurfs der Zivilprozeßordnung [2] wird es ausdrücklich abgelehnt, hierin eine Parallele zur Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde auf wesentliche Prozeßvorschriften zu sehen, denn die Bestimmung stelle nur klar, daß in den aufgeführten Fällen der Ursachenzusammenhang zwischen Gesetzesverletzung und Urteil immer anzunehmen sei [3]. Die Auffassung des Großen Senats steht somit nicht im Einklang mit der Entwicklung der Revision.

Zu berücksichtigen ist nach Schütz [4] auch noch der Sinn und Zweck der Revision wegen eines Verfahrensverstoßes, nämlich der Rechtseinheit und der Gerechtigkeit zu dienen [5]. Die Rechtsmittel dienten der Beseitigung von Fehlentscheidungen. Gegenüber der Allmacht des Richters bei der Tatsachenfeststellung könne das Revisionsgericht seine Aufgabe, über die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu wachen und damit auch die zutreffende tat-

---

1) Verordnungen v.21.7.1849 (Ges.-S.1849 S.307 ff.) - §§ 59 ff. - und v.24.6.1867 (Ges.-S.1867 S. 885 ff.).
2) Er entspricht dem heutigen § 338 StPO und § 551 ZPO.
3) Motive S.323 (Hahn, Materialien ZPO I S. 370); vgl. Eb.Schmidt JZ 1958, 596 (598), nach dem die §§ 337, 338 StPO zeigen, daß immer der Anspruch auf Justizförmigkeit verletzt sei. Da in dem § 338 StPO keine neuen Rügemöglichkeiten geschaffen würden, sei die Revision grundsätzlich unbeschränkt. Die einzigen, im Gesetz aber geregelten Einschränkungen ergäben sich daraus, daß das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruhen, der Angeklagte beschwert sein müsse und auch nur zu rügen brauche, was er rügen wolle (§ 344 StPO).
4) Schütz S. 23 ff.
5) Zu dem Streit, ob die Revision ein einheitliches Gebilde ist und beiden Revisionsgründen derselbe Gedanke (Rechtseinheit und Gerechtigkeit) zu Grunde liegt, braucht hier nicht Stellung genommen zu werden; vgl.einerseits Sarstedt, Revision S.2 ff.m.w.N., der den Streit für müßig hält,und andererseits Schwinge S.26 ff.m.w.N.

richterliche Feststellung des Sachverhaltes mit zu gewährleisten, nur dann erfüllen, wenn alle in Betracht kommenden Verfahrensverstöße mit der Revision zu rügen seien, da ja nur die gerügten Verfahrensverstöße vom Revisionsgericht beachtet werden dürften (§ 352 Abs. 1 StPO). Die erzieherische Einwirkung auf den Tatsachenrichter durch die Rechtsmittelgerichte zur Verbesserung der Rechtspflege sei nur bei einem umfassenden Rügerecht gewährleistet [1]. Ob diese Erziehung aber tatsächlich möglich ist, erscheint mir bei § 55 StPO sehr zweifelhaft. Einerseits wird nach § 354 Abs. 2 StPO die Sache an eine andere Abteilung oder Kammer des Gerichts, dessen Urteil aufgehoben worden ist, zurückverwiesen. Und andererseits stehen die neuen Richter vor denselben Schwierigkeiten bei der Belehrung wie die ersten Richter. Auch im Schrifttum - mit dem sich der Große Senat leider überhaupt nicht auseinandergesetzt hat - wird ein allgemeines Rügerecht bejaht [2].

---

1) Schütz S. 27.

2) Goldschmidt, Rechtslage S. 503: "...nur sagen, daß jeder Beobachtungs- oder Subsumtionsfehler, auf dem die Entscheidung beruht zu ihrer Abänderung führt, soweit nicht Abänderung der Entscheidung sei es überhaupt, sei es wegen des in Betracht kommenden Fehlers ausgeschlossen ist." - Mannheim, Beiträge S. 38: "Jede Gesetzesverletzung, die nicht die Tatsachenfeststellung betrifft, unterliegt grundsätzlich der Revision." - Alsberg-Nüse S. 205: "...,so können alle Prozeßbeteiligten verlangen, daß das Gericht ordnungsgemäß prozediert; demgemäß können sie auf Verstöße des Gerichts, soweit sie sich zu ihrem Nachteil auswirken, die Revision stützen". - v.Hippel S. 581: "Die Revision ist a l l g e m e i n zulässig wegen Gesetzesverletzung, wenn diese in einem ersichtlichen oder wenigstens möglichen Zusammenhang mit der Entscheidung steht." - Beling, Lb. S. 412, fordert, daß eine nicht prozeßordnungsgemäß gewonnene Tatsachenfeststellung nicht in den Urteilssyllogismus eingestellt werden dürfe. Vgl. auch Gerland S. 419 und Niese JZ 1953, 219 (223), der das Recht des Beschuldigten auf Beachtung aller Verfahrensvorschriften hervorhebt.

Der Behauptung des Großen Senats von der natürlichen Stufung der Verfahrensvorschriften kann man dann zustimmen, wenn damit gemeint ist, daß es zwingende Vorschriften gibt, deren Verletzung - im Gegensatz zu reinen Ordnungsvorschriften [1] - die Revision begründet, sowie Sollvorschriften, bei denen von Fall zu Fall geprüft werden muß, ob sie verletzbar und auch tatsächlich verletzt worden sind und somit die Revision begründen können[2]. Es ist aber nicht zu erkennen, was diese Stufung mit "Rechtskreisen" des Angeklagten und der Behauptung zu tun hat, daß nicht alle Verletzungen strafprozeßrechtlicher Normen den Rechtskreis des Angeklagten in gleichem Maße beeinträchtigen [3]. Der Große Senat erläutert nicht, nach welchen Kri-

---

1) Z.B. §§ 57, 58, 68 StPO gelten als reine Ordnungsvorschriften, deren Nichtbeachtung nicht das Gesetz verletzen und daher auch nicht die Revision begründen können; vgl. RGSt. 40, 157 (158); 56, 66 (67).

2) Vgl. hierzu Eb. Schmidt JZ 1958 (598) und Teil II § 337 Rn. 18 f.; Schwinge S. 92 ff.

3) Gossrau MDR 1958, 468 (469) meint, die "natürliche Abstufung" der Verfahrensvorschriften gebe kein Argument für eine einengende Auslegung des Begriffes "Gesetzesverletzung" mit Hilfe des Rechtskreisgesichtspunktes, denn auf der Verletzung von Ordnungsvorschriften könne der Spruch nicht beruhen, das sei geradezu ihr Abgrenzungsmerkmal; bei der Verletzung übergeordneter Normen sei ein absoluter Revisionsgrund gegeben und für die Frage nach der Berührung des Rechtskreises bliebe kein Raum mehr; bei den nicht nachprüfbaren Ermessensentscheidungen fehle es schließlich an einer Gesetzesverletzung. Nach Eb. Schmidt aaO bedeutet die natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften nur, daß bei zwingenden Vorschriften eine Verletzung immer ein Gesetzesverstoß sei i.S. des § 337 StPO, während dies bei Ordnungsvorschriften nicht der Fall sei; bei Sollvorschriften müsse man dies von Fall zu Fall prüfen; vgl. auch Schütz S. 28 ff.

terien diese Abstufung, die nach dem Großen Senat ja Einfluß auf den Grad der Berührung des Rechtskreises hat [1], vorzunehmen ist.
Die erwähnte natürliche Stufung kann nämlich nur dann gemeint sein, wenn § 55 Abs. 2 StPO - entgegen dem Gesetzeswortlaut, der für eine zwingende Norm spricht - doch nur eine Sollvorschrift ist [2].

Wenn der Bundesgerichtshof den Rechtfertigungsgrund für § 55 StPO zu ermitteln sucht und prüft, in wessen Interesse die Vorschrift geschaffen worden ist [3], so beachtet er den Schutzzweck der Vorschrift und läßt die natürliche Stufung der Vorschriften unberücksichtigt.

Die Notwendigkeit, gegenüber sachleitenden Anordnungen des Vorsitzenden zunächst die Entscheidung des Gerichts anzurufen (§§ 238 Abs. 2 StPO, 242 StPO), deutet nach dem Bundesgerichtshof darauf hin, daß nicht jeder Verfahrensverstoß ein Revisionsrügerecht nach sich zieht [4]. Diese Auffassung entspricht zwar dem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz [5], daß eine fehlerhafte Anordnung des Vorsitzenden [6] nur dann mit der

1) BGHSt. 11, 213 (214).
2) So wird z.B. auch § 275 Abs. 1 StPO als Ordnungsvorschrift verstanden; so die st.Rspr.; vgl. RG Rspr. 4,91; RGSt. 62,182; OGHSt.2,328 (329); BGH NJW 1951, 970 Nr. 24; BGHSt. 21,4 (5); Kleinknecht § 275 Anm. 1B; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 275 Anm. 1; Eb.Schmidt, Teil II § 275 Rn.6 und Nachtrag I § 275 Rn.3; Sax in Müller-Sax (KMR)§ 275 Anm.6; differenzierter OLG Köln JR 1969, 468 f. mit Anm. Kleinknecht JR 1969, 469 f.
3) BGHSt. 11, 213 (215).
4) BGHSt. 11, 213 (215).
5) Vgl. § 338 Nr. 8 StPO.
6) Welche Maßnahmen des Vorsitzenden hierzu gehören ist im einzelnen strittig; so werden Belehrungen über ein Zeugnisverweigerungsrecht überwiegend nicht zur materiellen Sachleitung nach § 238 Abs. 2 StPO gerechnet; vgl. Eb.Schmidt, Teil II § 238 Rn.9; Sax in Müller-Sax (KMR) § 238 Anm.2; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 238 Anm. 8b; Henkel (2. Aufl.) § 88 II 1; a.A. Koeniger S. 216, Geier aaO Anm. 8a; Sax aaO Anm. 3 und Eb.Schmidt aaO Rn. 4 ff. weisen aber mit Recht darauf hin, daß es darauf ankomme, ob die Maßnahme zulässig ist oder nicht.

Revision gerügt werden könne, wenn gegen die fragliche Maßnahme gemäß § 238 Abs. 2 StPO das Gericht zur Entscheidung angerufen worden war [1]. Dieser Grundsatz ist aber niemals konsequent durchgeführt worden; es sind immer Ausnahmen hiervon zugelassen worden [2] und im Schrifttum ist er sehr umstritten [3]. Geht man aber einmal von der Richtigkeit dieses Grundsatzes aus, so beruht der Verlust des Rügerechts auf einem bestimmten Verhalten des Angeklagten, nämlich seinem Schweigen im Prozeß. Es läge dann ein Fall der Verwirkung des Rügerechts vor [4]. Die Annahme einer Verwirkung setzt aber gedanklich ein Bestehen des Rügerechts voraus, da sonst ein verwirkbares Recht überhaupt nicht vorhanden wäre. Die stillschweigende Annahme der Verwirkungsmöglichkeit durch den Großen Senat spricht also nicht gegen ein allgemeines Rügerecht; viel eher kann man hieraus gerade den gegenteiligen

---

1) Vgl. z.B. RG JW 1930, 760 Nr. 9; 1931, 950 f. mit ablehnender Anm. Alsberg; RGSt. 71, 21 (23); BayObLGSt. 1949 - 51, 73 (75); BGHSt. 1, 322 (325); 3, 368 (369 f.); BGH MDR 1961, 250; Schmid, Verwirkung S. 248 f. m.w.N.

2) So wurde z.B. die Revision zugelassen, wenn kein Gerichtsbeschluß ergangen war, obwohl eine verfahrensrechtlich unzulässige Maßnahme des Vorsitzenden durch Anrufung des Gerichts beanstandet worden war; vgl. RG HRR 1938, Nr. 792 a.E.; RG JW 1912, 946 Nr. 36; 1938, 1645 (1646); RGSt. 44, 65 (67); OLG Hamburg NJW 1953, 434; OLG Oldenburg NdsRpfl. 1957, 75; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 238 Anm. 12b; Schmid aaO S. 276 f.

3) Vgl. hierzu Nachweise bei Schmid aaO S. 248 Fußn. 2.

4) So Sax in Müller-Sax (KMR) § 238 Anm. 5c; Fuhrmann NJW 1963, 1230 ff.; Sarstedt, Revision S. 132; Jagusch in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 338 Anm. 17 iVm § 337 Anm. F a.

Schluß auf Bestehen des Rügerechts ziehen [1,2]. Hinzukommt, daß § 238 Abs. 2 StPO praktisch nur im Rahmen des § 338 Nr. 8 StPO von Bedeutung ist, über dessen Auslegung aber ebenfalls keine Einigkeit besteht [3].

---

1) So auch Schütz S. 37 f.

2) Im übrigen ist die Frage der Verwirkung einer Verfahrensrüge, wenn eine verfahrensrechtlich nicht ordnungsgemäße Maßnahme des Vorsitzenden beanstandet wird, sehr umstritten (vgl. Eb. Schmidt, Teil II § 238 Rn. 29 ff., § 337 Rn.67, Nachtrag I § 238 Rn. 4,5 und § 337 Rn. 21; Niese JZ 1953, 219 (221 f.); Fuhrmann NJW 1963, 1230 ff.; Schmid aaO; Wolff NJW 1953, 1656 ff.). Die besseren Argumente sprechen m.E. gegen die Annahme einer Verwirkung. Fragt man sich doch, warum der Angeklagte trotz der Fürsorgepflicht des Gerichts für einen Verfahrensfehler des Vorsitzernden nur deswegen geradestehen soll, weil er die Anordnung nicht rechtzeitig gerügt hat. Ob der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten war, dürfte keine Rolle spielen. So wird auch bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 44 StPO das Verschulden des Verteidigers als unabwendbarer Zufall für den Angeklagten angesehen; vgl. Sarstedt, Revision S. 88; Eb. Schmidt, Teil II § 44 Rn. 13/14 und Nachtrag I § 44 Rn. 7; Kleinknecht § 44 Anm. 7 u.a.. An die Annahme eines Verzichts wird man mit Schmid aaO S.291 ff. strenge Anforderungen stellen müssen. Aus dem Bestehen der Verzichtsmöglichkeit ergibt sich aber kein Argument für die Annahme eines von vornherein eingeschränkten Rügerechts.

3) Vgl. für die h.L. Eb. Schmidt Teil II § 338 Rn. 35; Sax in Müller-Sax (KMR) § 338 Anm. 9, wonach § 338 Nr. 8 StPO keine selbständige Rechtsnorm ist, die unmittelbar verletzt werden kann, vielmehr muß die Verletzung einer sonstigen Norm des Verfahrensrechts zu der Beschränkung der Verteidigung geführt haben; vgl. auch Sarstedt, Revision S. 154 ff., der § 338 Nr. 8 StPO eine sehr geringe Bedeutung beimißt und auf S. 156 empfiehlt, "das Augenmerk überhaupt nicht so sehr auf § 338 Nr. 8 zu richten, sondern vielmehr diejenigen Verfahrensnormen ausfindig zu machen, nach welcher die gerügte Beschränkung der Verteidigung unzulässig gewesen sein soll." A.A. Baldus S. 377 ff., der verlangt, dem § 338 Nr. 8 StPO wieder materiellen Gehalt zu geben, indem man nicht mehr die Verletzung einer zusätzlichen Verfahrensnorm fordern, sondern allein auf § 338 Nr. 8 StPO abstellen sollte. Vgl. auch allgemein zu diesem Thema Fuhrmann JR 1962, 321 ff.

Da die Problematik des § 238 Abs. 2 StPO und seine Auswirkungen auf andere Bestimmungen des Strafverfahrensrechtes noch keineswegs als geklärt gelten können, ist es wenig sinnvoll, diese Vorschrift zur Beweisführung mit heranzuziehen; überzeugen kann der Hinweis auf § 238 Abs. 2 StPO jedenfalls nicht.
Trotz der nicht immer überzeugenden Kritik im Schrifttum bleibt die Ablehnung des allgemeinen Rügerechts durch den Großen Senat bedenklich. Aber auch wenn man ein allgemeines Rügerecht bejaht, so bliebe immer noch die Frage, ob nicht § 55 StPO eine Ausnahme ist und nicht unter das allgemeine Rügerecht fällt.

bb. Rechtskreistheorie

Da sich der Ausschluß des Rügerechts im einzelnen nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, muß nach dem Bundesgerichtshof bei jeder Vorschrift geprüft werden, ob "ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist" [1].
Den wesentlichen Unterschied zwischen § 52 StPO und § 55 StPO, bei denen der Staat in beiden Fällen sein Interesse an der Aufklärung von Straftaten zurückgestellt habe, sieht der Bundesgerichtshof darin, daß das Zeugnisverweigerungsrecht des mit dem Angeklagten verwandten Zeugen (§ 52 StPO) Rücksicht auf die Familienbande, die den

---

1) BGHSt. 11, 213 (215); dabei will der BGH den Rechtfertigungsgrund der Bestimmung, die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, und als Anhaltspunkt auch die Protokollfähigkeit des gerügten Vorganges berücksichtigen.

Zeugen mit dem Angeklagten verbinden, nimmt und die Familie des Angeklagten schützen will; somit werde der Angeklagte unmittelbar in seinem Rechtskreis berührt, wenn der Zeuge sich infolge Rechtsunkenntnis nicht frei entscheiden könne [1]. Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO beruhe demgegenüber "ausschließlich auf der Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen", was schon die Motive erkennen ließen. Nur dem Zeugen sollte der Konflikt erspart werden [2], sich selbst oder einen Angehörigen bezichtigen zu müssen, wenn man dem Richter verbiete, weitere Fragen zu stellen, die den geschützten Bereich beträfen. Das Beweismittel sei aber nicht im ganzen von der Benutzung ausgeschlossen, denn der Angeklagte könne kein rechtlich geschütztes Interesse an der Wahrung der Entschlußfreiheit des Zeugen haben. Sein Rechtskreis werde durch den Konflikt des Zeugen nicht so berührt, daß er ein Revisionsrügerecht habe [3]. Besonders die These von der wesentlichen Berührung des Rechtskreises ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen [4]. Eb. Schmidt, der sich unter einem Rechtskreis nur einen Bereich rechtlich

---

1) BGH aaO S. 216; so auch Koeniger S. 363,366; schon das RG hat in RGSt. 38,272 (274) und 62, 259 (260 f.) geprüft, ob in die dem Angeklagten "gewährleisteten Rechte" eingegriffen worden ist. - In ähnlicher Weise hat auch das BVerfG in BVerfGE 15, 226 (230) vom "Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre" gesprochen.
2) Auch bei § 52 StPO wird nur dem Zeugen der Konflikt zwischen Wahrheit und Belastung erspart.
3) BGHSt. 11, 213 (216 f.).
4) Besonders bei Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (597 f.) und Schütz S. 39 ff.

geschützter Interessen vorstellen kann, kritisiert, daß unklar bleibe, in welchem Sinne der Große Senat das Wort "Rechtskreis" verstanden wissen wolle; es fehle "die gewünschte begriffliche Klärung" [1]. Ob es sich bei diesen Interessen um einen Gegenstand des materiellen oder prozessualen Rechts handele [2], sei in dem Senatsbeschluß offen und unverständlich geblieben [3]. Das außerprozessuale Interesse des Angeklagten am Schutz der Familie [4], das der Bundesgerichtshof bei § 52 StPO als Grund für den geschützten Rechtskreis annimmt, reicht aber nicht aus. Es wäre sonst unverständlich, warum die Angehörigen nur ein Recht zur Zeugnisverweigerung hätten, anstatt ihnen jede Aussage zu ver-

---

1) aaO S. 597; Schütz S. 41 meint, es bleibe unklar, "ob der `Rechtskreis` des BGH im prozessualen oder außerprozessualen Bereich zu suchen" sei.
2) Nach Eb. Schmidt eröffnen die prozeßrechtlichen Normen den Prozeßbeteiligten allseits zu respektierende prozessuale Möglichkeiten und gehen s.E. allesamt auf den "Justizgewährungsanspruch" zurück, der den Anspruch auf justizförmiges Verhalten aller Beteiligten, insbesondere auf strenge Beachtung aller prozessualen Formen beinhaltet.
3) So Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (597).
4) So auch Schütz S. 42.

bieten [1]. Eb. Schmidt weist nämlich zu Recht auf die Schwierigkeiten hin, Aussagen naher Angehöriger richtig zu beurteilen [2]. Da der Zeuge entscheiden kann, ob er aussagen will oder nicht, ist der Schutz des Angeklagten keineswegs gewährleistet. Denn dem Zeugen ist es immer möglich, auf sein Verweigerungsrecht zu verzichten und die für den Angeklagten ungünstigen Tatsachen zu bekunden. Diesem Einwand kann man auch nicht entgegenhalten, bestimmte Personengruppen als Zeugen auszuschließen, widerspräche dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dieses in § 261 StPO zum Ausdruck gekommene Prinzip umfaßt, wie Geier es einmal formuliert hat [3], "zweierlei: ein-

---

1) Eb. Schmidt aaO; Schütz S. 43 ff. untersucht in diesem Zusammenhang, "ob zwischen der Berührung des `Rechtskreises` im außerprozessualen und im prozessualen Raum durch einen Verfahrensverstoß und der Zulassung der Revision eine Beziehung festzustellen ist, die eine einschränkende Auslegung des § 337 StPO zu rechtfertigen vermag". Er kommt zu dem Ergebnis, daß das Verfahren gegen die Verletzung außerprozessualer `Rechtskreise` durch Verfahrensverstöße unempfindlich ist (aaO S. 47; vgl. auch Niese, Prozeßhandlungen S. 135 ff., bes. S. 140). Eine Einschränkung der Rügemöglichkeit über den Wortlaut des § 337 StPO hinaus könne nur im prozessualen Bereich ihren Grund haben. Die Voraussetzung hierfür, das Bestehen prozessualer Rechte des Angeklagten, lehnt er ab (aaO S. 48 ff.), da der Strafprozeß kein Parteiprozeß sei und für den Angeklagten kein erzwingbares Verfahrensrecht, sondern nur die Aussicht auf ordnungsgemäßes Prozedieren besteht, da der Angeklagte im deutschen Strafverfahren keinen maßgeblichen Einfluß auf die Verfahrensgestaltung hat, die dem Richter obliegt. Dem Anspruch auf Justizgewährung wird aber nur eine Verfahrensordnung voll gerecht, die die Justizförmigkeit des Verfahrens sichert; dafür sei aber eine umfassende Revisionsrüge erforderlich.

2) So meint Mönkemöller S. 115: "Besondere Schwierigkeiten in der Beurteilung machen die Aussagen der Angehörigen". Vgl. auch K. Peters, Lb. § 44, 3 b, aa (S. 355).

3) In Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 261 Anm. 1.

mal daß der Richter seine Überzeugung von den Tatsachen, die er der Entscheidung über Schuld und Strafe zugrundelegt, nur aus dem Inhalt der Hauptverhandlung selbst, nicht aber aus Erkenntnisquellen schöpfen darf, die in dieser nicht benutzt wurden, zum anderen, daß er die Beweisfrage nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden hat, ohne hierbei an Beweisregeln gebunden zu sein". Der Richter soll also "nach seiner persönlichen Umsicht und Erfahrung, seinem Verantwortungsbewußtsein und Wissen und seiner Befähigung über die Beweiskraft eines Beweismittels und die Bewertung der im Prozeß vorgebrachten Tatsachen entscheiden" [1]. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sagt überhaupt nichts darüber aus, welche Beweismittel dem Richter für seine Beweiswürdigung zur Verfügung stehen können. Es stünde dem Gesetzgeber daher frei, bestimmte Personen - so z.B. die Angehörigen des Angeklagten - auszuschließen, um diesen vor falschen oder belastenden Aussagen auf jeden Fall zu schützen [2]. Eb. Schmidt ist der Auffassung, daß, wenn man überhaupt von Rechtskreisen der Prozeßbeteiligten sprechen wolle, es sich dabei nur um prozessuale Interessenkomplexe handeln könne. Dabei könne es sich wiederum nur um die sich aus dem Justizgewährungsanspruch ergebenden handeln [3].

Der Begriff des Rechtskreises ist somit viel zu unbestimmt geblieben, um zu überzeugen.

---

1) K. Peters, Lb. § 37 XI.
2) So hat z.B. die Strafprozeßordnung Belgiens von 1808 (code d'instruction criminelle) einerseits in Art. 156, 322 bestimmte Angehörige grundsätzlich vom Zeugnis ausgeschlossen, wenn ein Prozeßbeteiligter der Vernehmung widerspricht, andererseits aber in Art. 342 die freie Beweiswürdigung angeordnet.
3) JZ 1958, 596 (597).

cc. Schutz der Wahrheitsermittlung

Gossrau lehnt die Entscheidung des Großen Senats zwar ab; er meint aber, die Lehre von den Rechtskreisen habe einen wahren Kern [1]. Denn käme es allein auf die Verletzung einer Verfahrensvorschrift an, dann müßte auch die Verletzung des § 54 StPO zur Revision führen, obwohl mit dieser Bestimmung nur öffentlich-rechtliche Interessen geschützt würden. Daß die §§ 52, 55 StPO nicht zum Schutz der Wahrheitsfindung bestimmt seien [2], trifft nach Gossrau nicht zu [3]. Er hält nämlich die Rechtsprechung zur Frage der Revision bei Verstößen gegen die §§ 52 ff. StPO nur dann für erklärbar, wenn man prüft, ob die betreffende Vorschrift der Wahrheitsermittlung diene [4]. Sei das der Fall, dann

---

1) MDR 1958, 468 (469).
2) So jedenfalls BGHSt. 11, 213 (215 f.).
3) aaO S. 469 f.
4) Gossrau, aaO S. 469, meint, bei der Revision der StA zuungunsten des Angeklagten versage die Rechtskreistheorie, wenn sie nicht auf die Wahrheitsermittlung abstelle. § 52 Abs. 2 StPO biete ein anschauliches Beispiel: "Die StA rügt, daß der Zeuge, der mit A verwandt ist und ihn entlastet hat, nicht belehrt wurde. Ist hier nur der Rechtskreis des A berührt (ratio legis: Schutz der Familienbande) und kommt es nur darauf an, so wäre die Revision der StA unbegründet, während der A - im umgekehrten Falle - die Verletzung rügen könnte. Selbst in den Fällen, in denen der Entlastungszeuge irrig belehrt ist, müßte vom Standpunkt des BGH der StA die Revision versagt sein. Diese Ergebnisse sind vermieden, wenn erkannt wird, daß § 52 Abs. 2 StPO der Wahrheitsermittlung dient und daß deshalb auf seine Verletzung die Revision gestützt werden kann". - Diese Stellungnahme überzeugt nicht. Bei der irrigen Belehrung eines Zeugen läge nämlich, wenn der Zeuge, sich auf sie stützend, die Aussage verweigert, eine Verletzung der Aufklärungspflicht vor (§ 244 Abs. 2 StPO). Sie besteht darin, daß der Zeuge nicht vernommen wurde. Außerdem gibt Gossrau die Argumentation des BGH einseitig wieder, indem er sich nur auf den Gedanken vom Rechtskreis des Angeklagten bezieht; der BGH hatte aber auf den Gewissenskonflikt des Zeugen und den Schutz der Familie des Angeklagten abgestellt. Die Vorschrift ist also auch nach dem BGH nicht nur zugunsten des Angeklagten geschaffen, so daß § 339 StPO nicht eingreifen kann.

dann könne ein Verstoß mit der Revision gerügt werden. Für § 52 StPO sieht er den entscheidenden Grund in der Wahrheitsermittlung [1] und nicht im Schutz der Familie des Angeklagten, da der durch eine Aussage entstandene Schaden auch durch eine erfolgreiche Revision nicht mehr repariert werden könne. Unter Berufung auf Busch [2] meint er, § 55 StPO diene auch der Wahrheitsfindung [3]; bei einer Verletzung des § 55 StPO sei daher die Revision gegeben.

Eb. Schmidt glaubt, dieses Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung entnehmen zu können [4].

Die von der gesetzlichen Beweistheorie des gemeinen Rechts aufgestellten Regeln über die Zahl der für eine Verurteilung erforderlichen Zeugen sowie die Bestimmungen über die Zuverlässigkeit der Zeugen entsprangen der Sorge um die Wahrheitsfindung. Die Beweisregeln und die Einteilung der Zeugen in taugliche, untaugliche und verdächtige Zeugen sollte den Richter vor Fehlentscheidungen be-

---

1) Der Satz bei Gossrau MDR 1958, 468 (470): "In Wahrheit verkennt der Gr. Senat aber gar nicht, daß § 52 Abs. 2 StPO auch der Wahrheitsfindung dient. Er führt aus (unter II,3 der Gründe), daß das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur wegen des Gewissenskonflikts des Zeugen besteht", verschiebt aber erneut die Argumentation des BGH, der an der angeführten Stelle schreibt - BGHSt. 11, 213 (216) -: "Aus übergeordneten Gründen, nicht nur wegen des Gewissenskonfliktes des Zeugen, sondern auch zum Schutz der Familie des Angeklagten, soll es im Ermessen des Zeugen liegen, ob er aussagen will oder nicht". Der Große Senat erwähnt also gerade nicht - auch nicht stillschweigend - die Wahrheitsermittlung als tieferen Grund, denn die Rücksichtnahme auf die Familie wird motiviert mit der Gefahr der Zerstörung der Familienbande durch eine Aussage und nicht mit der Gefahr vor falschen Aussagen.

2) JZ 1953, 703 f.

3) So auch Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (599 f.); Koffka JR 1968, 30(31); Karitzky S. 62; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 55 Anm. 1b.

4) aaO S. 599 f.; so auch Karitzky S. 57 ff. (bes. S. 62).

wahren. Die Verbindung der gesetzlichen Beweistheorie mit der Folter [1] führte aber zu einer Überbetonung der Tortur und des Wertes des Geständnisses. Nach der Abschaffung der Tortur wurde es in der Praxis immer schwieriger, einen vollgültigen Beweis zu führen, da ein Geständnis nur noch selten zu erlangen war. Mit der Revolution von 1789 verschwand in Frankreich das System der gesetzlichen Beweistheorie [2] und an ihre Stelle trat im code d'instruction criminelle von 1808 der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 342). Gleichzeitig entstanden in den Prozeßordnungen der deutschen Länder - gleichzeitig mit dem Kampf des 19. Jahrhunderts um Menschen- und Bürgerrechte - die Zeugnisverweigerungsrechte [3]. Der Bürger sollte gegenüber dem Staat einen staatsfreien Raum haben. So beruhen nach Zachariae [4] die Zeugnisverweigerungsrechte auf dem allgemeinen "Grunde, daß der Staat sich nicht mit unbestreitbaren sittlichen Anforderungen in Widerspruch setzen darf; daß er die im Interesse der staatlichen Ordnung anerkannten allgemeinen Verpflichtungen nicht geltend machen kann, wo die Geltendmachung mit einem anderen Gesetz der staatlichen Ordnung in Collision kömmt, oder mit der Verletzung eines bestimmten Pflichtverhältnisses verbunden sein würde, welches der

---

1) Da die Verurteilung nach der CCC ein Geständnis oder den Beweis zweier einwandfreier Zeugen benötigte (Art. 62 ff. CCC), griff man wegen der meist gegebenen Beweisschwierigkeiten sehr bald zur Folter, um ein Geständnis zu erzwingen. Bei Geständnis oder vollgültigem Beweis mußte verurteilt werden (Art. 78 CCB; Art. 67 CCC - positive gesetzliche Beweistheorie).
2) In Deutschland wird zunächst die positive Beweistheorie in eine sog.negative Beweistheorie abgeschwächt, d.h. bei vollem Beweis konnte verurteilt werden, es war aber nicht unbedingt erforderlich.
3) Schütz S. 65 f.; Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (599 f.) Suter S. 33 f.
4) Hdb. II S. 186.

Staat zu schützen und zu respektieren verbunden ist". Beling verstand diese Entwicklung so: "Vollends im gemeinen deutschen Strafprozeß klärte sich die theoretische Auffassung mehr und mehr in dem Sinne, daß die Angehörigen nicht um eines ihnen entgegengebrachten Mißtrauens willen, sondern um ihrer selbst willen einer Sonderbehandlung zu unterwerfen seien" [1]. Eb. Schmidt [2], der diese Auffassung für "ganz unhistorisch" hält, meint demgegenüber, daß neue theoretische Wahrheiten niemand entdeckt haben wollte, lediglich neue juristische Formen hätten sich entwickelt [3]. Er fährt dann fort: "Aber dieser Wechsel in der gesetzestechnischen Gestaltung des Problems des Zeugenbeweises hat nicht das geringste daran geändert, daß die gesetzlichen Neuerungen des reformierten Prozesses genau so wie die verschwundenen Bestimmungen des gemeinrechtlichen Prozesses die größtmögliche Garantie dafür bieten sollten, daß der Richter davor bewahrt wird, Zeugenaussagen von erfahrungsgemäß zweifelhaftem Wahrheitsgehalt seinem Urteil zugrunde zu legen. Das Mißtrauen, das handgreifliche Erfahrung der Aussage solcher Zeugen entgegenbringt, die durch Verwandtschaft oder Gewissensnot in konflikt mit der Wahrheit zu kommen pflegen, ist mit den neuen gesetzlichen Formen nicht nur verschwunden, sondern lebt in ihnen selbstverständlich fort" [4].

---

1) Beweisverbote S. 15; dieser Hinweis steht bei Beling zwar im Zusammenhang mit § 52 StPO. Aber auf S. 13 sagt Beling, daß der Rechtfertigungsgrund für § 55 StPO allein in dem Respekt vor dem Zeugen zu suchen sei. Somit gilt die genannte Meinung Belings auch bei § 55 StPO.
2) aaO S. 600.
3) Eb. Schmidt, Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52-56 Rn. 4 sieht in den Zeugnisverweigerungsrechten im Anschluß an Goldschmidt, Rechtslage S. 307 "materiell-staatsrechtliche Leistungsverweigerungsrechte."
4) Vgl. z.B. auch Sax in Müller-Sax (KMR) Vorbem. 2b(I) (1) vor § 48; § 55 Anm. 1b; Henkel (2. Aufl.) § 49 III 3; SchlHOLG SchlHA 1956, 330 (331).

Den Verfassern des Entwurfs der Strafprozeßordnung ist dieser Gesichtspunkt, wenn sie ihn überhaupt berücksichtigt haben, noch nicht einmal erwähnenswert erschienen. Die Motive lassen nur erkennen, daß die Aussageverweigerungsrechte den Schutz des Zeugen beabsichtigten [1]. Auch das Reichsgericht hat dem von Eb. Schmidt vorgetragenen Gesichtspunkt keine große Bedeutung beigemessen [2]. Eb. Schmidt [3] glaubt, einzelnen Hinweisen in der Rechtsprechung auf die Meineidsgefahr [4][5] ein Indiz entnehmen zu können für den "Ausdruck der Sorge, daß bei solchen Zeugen eine unwahre, eben deshalb meineidige Aussage zu befürchten ist und daß die

---

1) Motive S. 43 ff. (Hahn, Materialien StPO I S. 106 ff.).
2) Vgl. RGSt. 50, 163 (166); wenn Ziegler S. 93 in RGSt. 44, 44 f. die wahrheitsfeindliche Motivation als wirksam ansieht, dann kann dem nicht zugestimmt werden. Das RG hatte die Verweigerung der Eidesleistung und nachträgliche Berufung auf § 55 StPO als Widerruf der Aussage - der Zeuge wolle seine bisherige Aussage nicht gelten lassen, da sie der Wahrheit nicht entspreche - und dann erfolgte Berufung auf § 55 StPO gedeutet. Der Schutz der Wahrheitsfindung wird m.E. nicht angedeutet.
3) JZ 1958, 596 (600).
4) RGSt. 12, 143 (145): "Das Gesetz will den Zeugen vor einer Kollision seiner staatsbürgerlichen Zeugnispflicht mit den durch die Verwandtschaft auferlegten Pflichten gegen seine Angehörigen bewahren und will lieber, wie die Motive zum Entwurfe S. 44 hervorheben, auf ein Beweismittel verzichten, als einen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung aussetzen, zu Gunsten des letzteren einen Meineid zu leisten".
5) BGHSt. 10, 393 (393 f.): Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO "ist ihnen nicht nur deswegen gegeben worden, weil bei Verwandten die Gefahr unrichtiger Aussagen besonders nahe liegt, sondern auch deshalb, weil kein Zeuge in den Gewissenskonflikt kommen soll, durch seine Aussage zur Verurteilung eines nahen Angehörigen beizutragen, zumal eine solche Verurteilung auch für die Angehörigen schwere wirtschaftliche und moralische Nachteile zur Folge haben kann".

Wahrheitsfindung des Richters durch eine solche Aussage gefährdet werde". Dieser Schlußfolgerung kann nicht zugestimmt werden [1]. Die Äußerung des Reichsgerichts [2] ist nur dann richtig zu verstehen, wenn man sie im Zusammenhang mit der gesamten Begründung der Motive zu den Zeugnisverweigerungsrechten liest. Dann - nicht aus dem Zusammenhang gerissen - ergibt sich deutlich der beabsichtigte Schutz des Zeugen, der vor einem Meineid aus Rücksicht auf die Familie bewahrt bleiben sollte. Vom Schutz der Wahrheitsfindung ist aber nicht die Rede. Bedenkt man dies, wird auch die Formulierung des Bundesgerichtshofes [3], "daß bei verwandten Zeugen die Gefahr unrichtiger Aussagen besonders nahe liegt" ins richtige Licht gerückt; sie bezieht sich nicht auf die Wahrheitsermittlung, sondern allein auf den gefährdeten Zeugen. Zwar können sich diese Rechte auch auf die Wahrheitsermittlung auswirken[4], aber die Strafprozeßordnung dient in ihrer Gesamtheit dazu, die Wahrheit zu erforschen und ein gerechtes Urteil zu finden[5]. Geht man von diesem Grundgedanken aus, so kann man nicht mehr darauf abstellen, daß eine Rechtsnorm der Wahrheitsermittlung

---

1) So auch Schütz S. 68 f.; auch Grünwald JZ 1966, 489 (497) hat gegen diese Schlußfolgerung Bedenken; vgl. auch Hanack JZ 1971, 126 (127).
2) Vgl. oben S. 183 Fußn. 4 des Textes.
3) Vgl. oben S. 183 Fußn. 5 des Textes.
4) Grünwald JZ 1966, 489 (499); Schütz S. 69 f.
5) Vgl. z.B. Schäfer in Löwe-Rosenberg (22.Aufl.) Einl. Kap 5 Anm. 2 und Kap. 11 Anm.A; Eb. Schmidt Teil I Rn 13, wenn er das Strafurteil auffaßt "als Feststellung der 'Wahrheit' des beurteilten Geschehnisses, beruhend auf justizförmig gewonnener richterlicher Überzeugung, und als Feststellung dessen, was insofern rechtens, beruhend auf methodisch und juristisch einwandfreier Rechtsfindung"; vgl. auch ders. Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52-56 Rn. 12; Henkel (2.Aufl.) § 20 II bezeichnet die Verfahrensordnung als "Wegweiser zur Wahrheit und Gerechtigkeit"; vgl. auch K. Peters, Lb. § 13.

dient und die andere nicht, wie es z.B. Gossrau tut [1]. Es ist unmöglich, aus diesem System einzelne Normen herauszulösen, die besonders der Wahrheitsermittlung dienen sollen. Sichergestellt wird die Wahrheitsfindung durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. In ihrem Rahmen bildet sich der Richter sein Urteil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Es trifft daher nicht zu, daß den §§ 52, 55 StPO dasselbe Mißtrauen zu Grunde liegt, das zur Zeit der gesetzlichen Beweistheorie den mit dem Angeklagten verwandten oder sich belastenden Zeugen entgegengebracht wurde. Andernfalls müßte sich jeder Richter erst von der Glaubwürdigkeit dieser "verdächtigen Zeugen" überzeugen lassen. Die Strafprozeßordnung wollte aber keine unterschiedlichen Klassen von Zeugen schaffen; jeder Zeuge kann dasselbe Gewicht in der Beweiswürdigung haben. Das bedeutet nun aber nicht, daß der Richter bei der Glaubwürdigkeitsprüfung nicht die Gefahr bedenken darf, die bei einer Angehörigenaussage auftreten kann, aber nicht auftreten muß.

Eb. Schmidts Auffassung birgt die Gefahr in sich, durch die Auslegung des § 55 StPO die aufgegebene gemeinrechtliche Einteilung der Zeugen in verschiedene Wertkategorien wieder in das geltende Recht einzuführen. Auf einen in einem anderen Zusammenhang schon erwähnten Gesichtspunkt [2] hat Beling [3] aufmerksam gemacht. Wenn der Schutz der Wahrheitsfindung neben dem Schutz des Zeugen ein so wesentlicher Rechtfertigungsgrund sein soll, fragt man sich doch, warum dieser Schutz nicht wirksamer ausgestaltet worden ist. Dem Zeugen, dem Angeklagten und der

---

1) MDR 1958, 468 (470).
2) Vgl. oben S. 176 f. des Textes.
3) Beweisverbote S. 13.

Wahrheitsfindung wäre dann doch besser gedient, wenn diese "verdächtigen" Zeugen völlig vom Zeugnis ausgeschlossen wären. Denn nach geltendem Recht entscheidet ja allein der Zeuge darüber, ob er aussagen will, ohne daß man erkennen kann, welche Motive ihn zu seiner Entscheidung veranlaßt haben. Beling hat daher Recht, wenn er die Zeugnisverweigerungsrechte nicht aus einem Mißtrauen gegen den Zeugen, sondern aus dem Respekt vor seiner Persönlichkeit entstanden sieht [1].

Zur Unterstützung seiner Auffassung, die §§ 52, 55 StPO dienten nicht dem Schutz der Wahrheitsfindung, weist der Große Senat noch darauf hin, daß der Gefahr, die Aussagen verdächtiger Zeugen bilden könnten, schon in den Bestimmungen über die Nichtvereidigung tatverdächtiger wie verwandter Zeugen (§§ 60 Nr. 3 a.F. [2], 61 Nr. 2 StPO) Rechnung getragen werde [3]. Diese These ist in der Literatur abgelehnt worden, da die Vorschriften der §§ 61, 62 StPO nur den Zweck hätten, der Meineidsgefahr vorzubeugen. Es sei nicht zu erkennen, wie diese Bestimmungen der Gefahr begegnen könnten, die der Wahrheitsfindung durch die Aussage verdächtiger Zeugen drohe; der Richter sei auf Grund der freien Beweiswürdigung ja nicht gehindert, auch einer uneidlichen Aussage zu glauben und sie zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Auf diesem Wege könne der Richter doch noch irregeführt werden [4].
In diesem Zusammenhang ist es aber interessant, einen Blick auf die bei Schaffung der Strafprozeßordnung geltenden Bestimmungen über die Aussagedelikte zu werfen. Das Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 [5]

---

1) So auch Schütz S. 60 ff.; vgl. auch Suter S. 33 f.
2) Seit Art. 9 Nr. 1 des 1. StrRG vom 25.6.1969 (BGBl.I S. 645) in § 60 Nr. 2 StPO geregelt.
3) BGHSt. 11, 213 (216); so auch Glaser, Hdb. I S. 467; Stern GS 63, 205 (207); vgl. auch RGSt. 50, 163 (166); 57, 186 (187).
4) Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (601); Schütz S. 61 f.
5) RGBl. S. 127.

kannte in den §§ 153 ff. zunächst nur die Strafbarkeit des Meineides und der falschen Versicherung an Eides Statt. Ein unvereidigt gebliebener Zeuge [1] konnte daher bei einer uneidlichen Falschaussage nicht wegen eines Aussagedeliktes, sondern höchstens wegen Begünstigung bestraft werden [2][3]. Erst 1943 [4] wurde die falsche uneidliche Aussage in § 156a RStGB [5] unter Strafe gestellt [6]. Daß bei dieser materiellrechtlichen Lage bei bestimmten Zeugen eine Vereidigung vor Beginn der Vernehmung nicht erfolgen sollte - man glaubte, die Glaubwürdigkeit der Personen durch einen Eid nicht erhö-

---

1) Der Nacheid wurde erst durch das Gesetz zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren v. 24.11.1933 (RGBl. I S. 1008) eingeführt; bis dahin wurde der Zeuge regelmäßig vor seiner Aussage vereidigt.
2) Frank § 257 Anm. V 1; Gutjahr in Olshausen § 257 Anm. 17c; RG Rspr. 6, 214 f.; RGSt. 28, 111 (112); 46, 74 (75).
3) Auf die Bedenken, die sich aus der Straflosigkeit der uneidlichen Falschaussage ergaben, hatte schon Glaser, Beweis S. 222 hingewiesen.
4) Art. 7a der VO zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (Strafrechtsangleichungsverordnung) v. 29.5.1943 (RGBl.I S. 339); vgl. Stern GS 63, 205 (207 f.), der dies schon 1904 gefordert hatte.
5) Jetzt § 153 StGB.
6) Die Straflosigkeit der uneidlichen Falschaussage und die später eintretende Abwendung von der obligatorischen Beeidigung - vgl. Gesetz v. 24.11. 1933 (S. 187 Fußn. 1 des Textes) und Art. 4 Nr. 2 der VO zur Durchführung der Strafrechtsangleichungsverordnung (siehe oben Fußn. 1), der in § 59 RStPO die Vereidigung nur noch nach dem Ermessen des Gerichts anordnete - führte zur Schaffung des heutigen § 153 StGB, da zahlreiche Urteile auf uneidlichen Aussagen beruhten, hinter denen keine Strafdrohung stand.

hen zu können -, spricht dafür, daß man damals vor der Vereidigung dieser Personen zurückschreckte. Auf die uneidliche Aussage dieser Personen konnte man sich ja nicht ohne weiteres verlassen; sie barg Gefahren in sich, die auch durch den Eid, der den Zeugen zur Wahrhaftigkeit zwingen sollte [1], nicht verringert wurden. Durch die Vorschriften über die Nichtvereidigung wurde dem Richter die Bedenklichkeit der Aussagen vor Augen geführt [2]. Dem entsprach es, daß die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens auf Grund einer falschen Aussage nur dann in Frage kam, wenn der Zeuge unter Eid ausgesagt hatte (§§ 399 Nr. 2 a.F., 402 Nr. 2 a.F. StPO) [3]. Eine unbeeidigte Aussage war ja mit großem Mißtrauen zu betrachten, konnte also keinen allzu erheblichen Einfluß auf das Urteil gehabt haben. Somit muß man wohl doch die Nichtbeeidigungsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz der Wahrheitsfindung sehen. Durch die Einfügung einer Vorschrift über die Strafbarkeit der falschen uneidlichen Aussage und der damit verbundenen Aufwertung der uneidlichen Aussage wird dieser Ausgangspunkt, den der Bundesgerichtshof zutreffend erkannt hat, völlig verdeckt.

dd. Wesensunterschiede zwischen § 52 und § 55 StPO

Der Große Senat stützt seine Auffassung auch darauf, daß er wesentliche Unterschiede zwischen § 52 und § 55 StPO zu sehen meint [4]; im Gegensatz

---

1) Glaser, Beweis S. 217 ff.; Stern GS 63, 205 (207); Motive S. 45 zu § 46 des Entwurfs (Hahn, Materialien StPO I S. 108).
2) Vgl. Motive aaO.
3) idF v. 1.2.1877 (RGBl.S. 253); jetzt handelt es sich um die §§ 359 Nr. 2, 362 Nr. 2 StPO.
4) Einen wesentlichen Unterschied erkennen auch an: BGHSt. 6, 209 (211); 17, 245 ff. und 337 (350); BGH MDR 1951, 180; bei Dallinger MDR 1968, 200 (202); BayObLGSt. 1953, 92 (93 f.); 1966, 166 ff.; OLG Celle NJW 1957, 194 (LS); Sarstedt, Revision S. 159; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 6; Kleinknecht § 55 Anm. 1; Jagusch LM § 252 Nr. 17; Grünwald JZ 1966, 489 (499); Koeniger S. 366; Kern-Roxin § 46 III 3; Kern S. 198 f.

zu § 55 StPO, der nur dem Schutz des Zeugen diene [1], sei in § 52 StPO auch der Schutz der Familie des Angeklagten verwirklicht [2]. Nach Schütz [3] bestehe eine derartige zusätzliche Schutzfunktion bei § 52 StPO nicht. Verweigere der Verwandte das Zeugnis, so könne sich der eintretende Beweisverlust zum Vorteil des Angeklagten auswirken, er müsse es aber nicht. Da der Zeuge und nicht der Angeklagte über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes entscheide, sei der Schutz auch nicht lückenlos [4]. Die verwandtschaftlichen Beziehungen verursachten den Konflikt des Zeugen mit seiner Aussagepflicht und stellten keinen übergeordneten Grund dar, gegenüber der bei allen Verweigerungsrechten festzustellenden Rücksichtnahme auf einen Zwiespalt des Zeugen. Der einzige übergeordnete Gesichtspunkt bei den Verweigerungsrechten sei derjenige der Güterabwägung zwischen den Belangen einer exakten Strafjustiz und anderen schutzwürdigen Interessen [5]. Die "Familie" stehe somit am Ausgangspunkt der Verweigerungsrechte und werde möglicherweise durch die Auswirkungen derselben geschützt; dies sei aber so, weil die Familie des Zeugen, nicht die des Angeklagten geschützt werde.

---

1) Auch das RG hat in RGSt. 38, 320 und 48, 269 (270) nur auf das Recht des Zeugen abgestellt; so auch OGHSt. 1, 299 (301 f.) und Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 3; a.A.: Kleinknecht in Kleinknecht-Müller Vorbem. 2e (IV) vor § 48; § 55 Anm. 1b, der in § 55 StPO ein ethisch fundiertes Schutzrecht des Angeklagten enthalten sieht.
2) BGHSt. 11, 213 (216 f.).
3) S. 71.
4) Vgl. oben S. ~~185~~ f. des Textes.
5) So Schütz aaO; vgl. auch Beling, Beweisverbote S. 32 f.

Daß der Gesetzgeber den Angeklagten in § 52 StPO nicht besser "geschützt" hat, beruht auf der Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie, der entstandenen Gleichwertigkeit der Beweismittel und der damit möglich gewordenen Entscheidung des Zeugen, ob er aussagen wolle oder nicht [1]. Dieser unvollständige Schutz und die Tatsache, daß der Schutz des Angeklagten in den Materialien nicht angeführt wird [2], spricht aber noch nicht gegen eine Wesensverschiedenheit. Schütz geht davon aus, daß die §§ 52 und 55 StPO auf die Familie des Zeugen Bezug nehmen [3]. Das Gesetz geht in § 52 StPO aber eindeutig von der Familie des Angeklagten aus. Man kann daher nicht auf den Zeugen und dessen Familie abstellen. Andererseits ist es übertrieben, wenn der Große Senat davon spricht, daß es "aus übergeordneten Gründen, nicht nur wegen des Gewissenskonfliktes des Zeugen, sondern auch zum Schutz der Familie des Angeklagten" im Ermessen des Zeugen liegen soll, ob er aussagen will oder nicht [4]. Wenn man von einem übergeordneten Grund überhaupt reden kann, dann doch nur von der Abwägung zwischen den Erfordernissen einer gleichzeitig auf Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeit ihrer Entscheidungen ausgerichteten Strafverfolgung und den Belangen des Einzelnen auf

---

1) Vgl. Motive S. 43 (Hahn, Materialien StPO I S. 106); es war nicht übersehen worden, daß der französische Code d`instruction criminelle von 1808, der im Rheinland galt (zum Geltungsbereich vgl. Binding, Grundriß § 10 III B, unter 3b, 4b, 7a und 22), und einzelne andere deutsche Verfahrensordnungen bestimmte Personen vom Zeugnis ausschlossen. Denn das französische Recht war für viele Prozessualisten des 19. Jahrhunderts das Vorbild, das es bei einer Reform des Deutschen Strafverfahrensrechtes anzustreben galt; vgl. hierzu Glaser, Hdb. I § 16.
2) Vgl. Motive S. 43 f. (Hahn, Materialien StPO I S. 106 f.).
3) S. 71 f.
4) BGHSt. 11, 213 (216).

Schutz seiner Intim- und Familiensphäre [1]. Die Abwägung dieser widerstreitenden Prinzipien liegt allen Zeugnisverweigerungsrechten zugrunde; in ihnen hat die Entscheidung zugunsten des Zeugen ihren Ausdruck gefunden [2]. Daß die §§ 52 und 55 StPO nicht miteinander gleichgestellt werden können, nur weil es sich in beiden Fällen um ein Aussageverweigerungsrecht handelt, ergibt sich aus den verschiedenen Aufgaben beider Bestimmungen. Bei § 52 StPO soll ein Verwandter des Angeklagten und sollen damit dessen Familienbande mit dem Zeugen geschützt werden. Bei den in § 55 StPO geschützten Angehörigen handelt es sich um Verwandte des Zeugen [3]. Bei § 55 StPO soll nur verhindert werden, daß der Zeuge vor Gericht sich selbst oder Angehörige beschuldigen muß; der Zeuge soll nicht unmittelbar etwas bekunden müssen, was den Betroffenen so belastet, daß ein Strafverfahren allein auf Grund dieser Aussage eingeleitet werden könnte. Da § 52 StPO demgegenüber aber das verwandtschaftliche Verhältnis des Zeugen mit dem Angeklagten schützt, ist den Zeugen ja auch in diesen Fällen ein allgemeines, unbeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht gewährt worden. Der Zeuge soll sich aus einem Strafverfahren gegen einen Verwandten völlig heraushalten können. Es ist auch ein erheblicher Unterschied für den Zeugen, ob der Angehörige schon angeklagt ist oder ob der

---

1) Schütz S. 71; vgl. auch Beling, Beweisverbote S. 32 f.
2) Dem entspricht es auch, daß Kühne S. 52 und Schorn, Menschenwürde S. 107 in § 55 StPO die Menschenwürde als geschützt ansehen; vgl. auch Beling aaO S. 37, der in dem Schutz der Menschenwürde den letzthin entscheidenden Gesichtspunkt sieht; vgl. auch Niese, Prozeßhandlungen S. 145 und Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1b, die das Auskunftsverweigerungsrecht als Persönlichkeitsrecht des Zeugen ansehen.
3) Daß § 55 StPO zuweilen auch dann eingreift, wenn der Angeklagte der zu belastende Angehörige ist (vgl. oben S.114 ff. des Textes), ändert am Ergebnis nichts; es handelt sich dabei um eine Ausnahme.

Zeuge ihn zunächst nur verdächtigen müßte [1]. Der Bundesgerichtshof führt außerdem zur Begründung aus, die Rücksicht auf die Familienbande habe dazu geführt, daß in § 52 StPO ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht gewährt wird, während in § 55 StPO, der nur dem Schutz des Zeugen dienen soll, ein beschränktes Recht gegeben werde [2)3)]. Demgegenüber wird die Wesensgleichheit beider Vorschriften zuweilen gerade daraus hergeleitet [4], daß der Zeuge die gesamte Aussage verweigern könne, wenn die Konfliktssituation sich auf die gesamte Aussage erstrecke. Ob man aber die Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß das Recht des § 55 StPO dann zu einem Zeugnisverweigerungsrecht werde [5], wenn die Gesamtaussage verweigert werden kann, zur Stützung heranziehen kann, erscheint mir sehr zweifelhaft. Die Wahl des Wortes "Zeugnisverweigerungsrecht" reicht allein nicht aus, da das Reichsgericht nie ausdrücklich zu der Frage Stellung genommen hat, wie dieser Begriff zu verstehen sei. Die Wortwahl scheint mehr einer formalen Unterscheidung hinsichtlich des Umfanges als der eines substantiellen Unterschiedes zu dienen. Aus dem Umfang des Auskunftsverweigerungsrechtes im Einzelfall kann man meiner Meinung nach keine Schlußfolgerungen über die Natur des Auskunftsverweigerungsrechtes ziehen, zumal die Ausdehnung des § 55 StPO auf die Gesamtaussage nur einen Ausnahmefall darstellt.

---

1) a.A. Geerds, Studien S. 185 f.
2) BGHSt. 11, 213 (216 f.).
3) Nach Dünnebier GA 1953, 65 (71 Fußn. 58) aber sind die §§ 52 und 55 StPO nicht unbedingt vergleichbar, ohne daß dies aber präzisiert wird.
4) Vgl. Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 2; wohl auch Schütz S. 11 ff.
5) RG Rspr. 3, 42 (44); GA 39, 214 f.; RGSt. 44, 44 f.; RG GA 62, 319 f.; LZ 1917, 142; HöchstRR 1927, 181 f.; Recht 1930 Nr. 1387; ZRpflBay 1930, 321.

Die Begrenzung des Auskunftsverweigerungsrechtes auf einzelne Teile der Aussage trägt nämlich nur der tatsächlichen Lage des Zeugen Rechnung. Während im Falle des § 52 StPO die Konfliktsituation während der gesamten Vernehmung besteht - für den Zeugen ist es eben unangenehm, in einem Strafverfahren gegen Verwandte als Zeuge auftreten zu müssen - , besteht die schwierige Situation des Zeugen im Falle des § 55 StPO nur bei einem begrenzbaren Teil der Aussage. Dann kann die Güterabwägung zwischen den Interessen des Staates an einer wirksamen Strafverfolgung und den Interessen des Zeugen an Geheimhaltung aber auch nur insoweit zugunsten des Zeugen ausschlagen, als er sich oder Angehörige belasten müßte. Dies allein ist der Grund für den unterschiedlichen Umfang beider Bestimmungen.

Für die Wesensgleichheit könnte man sich noch auf die §§ 56 Satz 1 StPO [1] und 95 StPO [2] berufen. § 56 Satz 1 StPO ist aber unergiebig, da auch der auskunftsverweigerungsberechtigte Zeuge sein Zeugnis verweigert. In § 95 StPO besteht der Hinderungsgrund nicht darin, daß § 55 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht ist, sondern weil der betroffene Zeuge in Wahrheit wie ein Beschuldigter zu behandeln ist.

Man kann daher die §§ 52 und 55 StPO nicht einander gleichstellen. § 55 StPO enthält ein Schutzrecht, das ausschließlich den Zeugen betrifft [3].

---

1) "Die Tatsache, auf die der Zeuge die Verweigerung des Zeugnisses in den Fällen der §§ 52, 53 und 55 stützt, ist auf Verlangen glaubhaft zu machen."

2) Nach allgemeiner Meinung wird unter "Verweigerung des Zeugnisses" in § 95 StPO auch die Verweigerung der Auskunft nach § 55 StPO verstanden; vgl. z.B. Eb. Schmidt, Teil II § 95 Rn. 7; Dünnebier in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 95 Anm. 5; Kleinknecht § 95 Anm. 2.

3) A.A. Schütz S. 72.

ee. Schwierigkeiten in der Praxis der Revisionsgerichte

Der Große Senat sieht die Richtigkeit seiner Entscheidung durch die sonst entstehenden Beweisschwierigkeiten bestätigt [1]. So soll der Annahme eines alles umfassenden Revisionsrügerechts nämlich entgegenstehen, daß die Möglichkeit, Verfahrensverletzungen festzustellen, für das Revisionsgericht sehr begrenzt ist, weil im Sitzungsprotokoll nur die Beobachtung der w e s e n t l i c h e n Förmlichkeiten ersichtlich zu machen ist [2]; dem Nachweis des behaupteten Verfahrensverstoßes würden sich im Revisionsverfahren unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstellen, da auch im Wege des Freibeweises die genaue Rekonstruktion der Zeugenaussage, der Fragen und Antworten nicht möglich sei. Der Große Senat führt dann weiter aus [3]:

> "Auf die Rüge des Verfahrensverstoßes sähe sich das Gericht in einem solchen Fall möglicherweise dazu gedrängt, im Rahmen des Freibeweises die Darstellung des Angeklagten über die Vorgänge in der Hauptverhandlung zugrunde zu legen, weil sich ein Verfahrensfehler, auf dem das Urteil beruhen könnte, nicht ausschließen lasse. Der Angeklagte könne mithin durch die Erhebung der Rüge leicht eine ungerechtfertigte Aufhebung des Urteils und in der neuen Hauptverhandlung auf Grund einer Auskunftsverweigerung des Zeugen nach Belehrung unter Umständen den Ausschluß eines ihn belastenden Beweismittels erreichen. Daß ein Schuldiger auf diese Weise zur Abwendung seiner Verurteilung gelangen kann, widerspricht dem Sinn des Verfahrensrechts".

---

1) BGHSt. 11, 213 (214 f., 216 f.).
2) BGHSt. 11, 213 (214 f.); aaO auf S. 216 wird von "untragbaren" Schwierigkeiten gesprochen.
3) BGH aaO S. 219.

Ob die vom Bundesgerichtshof gesehenen Schwierigkeiten bestehen, ist aber zweifelhaft. Die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmung sind zwar in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 2 StPO [1]); die strenge Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO erstreckt sich aber nicht auf protokollierte Bekundungen des Zeugen zur Sache [2]. Verfahrensverstöße, die durch das Protokoll aber nicht bewiesen werden können, sind im Wege des Freibeweises festzustellen [3]. Nun ist es sicherlich richtig, daß es für das Revisionsgericht oft schwer sein wird, den gerügten Verstoß gegen § 55 StPO festzustellen. Das führt aber nicht zu dem vom Bundesgerichtshof vertretenen Ergebnis. Man kann kaum unterstellen, daß der Große Senat den zu § 337 Abs. 1 StPO aufgestellten Grundsatz - das Urteil beruhe auf der Rechtsverletzung schon bei der Möglichkeit eines Ursachenzusammenhanges mit dem Urteil [4] - dergestalt verstanden hat, daß schon die Möglichkeit einer Verfahrensverletzung zur Begründetheit der Revision ausreicht. Daher wäre die im Beschluß vertretene Meinung nur dann gerechtfertigt, wenn der Grundsatz "in dubio pro reo" auch bei Verfahrensverstößen anzuerkennen wäre. Es ist aber überwiegend anerkannt, daß "auf die Frage, ob

---

1) idF des StPÄG v. 19.12.1964.
2) Für §§ 273, 274 a.F. StPO: RGSt. 58, 59 - betrifft Erklärungen des Angeklagten; RG Rspr. 7, 106; RGSt. 42, 157 (160); RG JW 1925, 1009; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 273 Anm. 7a; § 274 Anm. 1; Sarstedt, Revision S. 128; das gilt aber auch für § 273 Abs. 2 StPO idF des StPÄG v. 19.12.1964 iVm § 274 StPO: Kleinknecht § 274 Anm. 1; Koffka in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.), Nachtrag § 273 Anm. 3; Sax in Müller-Sax (KMR) § 274 Anm. 2; Eb. Schmidt, Nachtrag I § 274 Rn. 4 (Erl. 6).
3) Sarstedt aaO S. 129; Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 244 Anm. 4; vgl. hierzu ausführlich Ditzen S. 41 ff., bes. S. 60.
4) Vgl. z.B. Jagusch in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 337 Anm. E.

Verfahrensverstöße, die gemäß § 344 Abs. 2 als Revisionsgründe vorgetragen werden, tatsächlich begangen oder nicht begangen worden sind, der Satz "in dubio pro reo" in keinem Fall anwendbar ist" [1]. Sarstedt weist zutreffend darauf hin, daß die Tatsachen, in denen der Verfahrensverstoß zu erblicken wäre - hier also ein bestimmter Ablauf der Vernehmung -, leicht behauptet werden könnten und so gut wie nicht zu widerlegen wä-

---

1) So Sarstedt, Revision S. 135, 247 und Stree S. 78 ff., bes. S. 80 f.: Die Freiheitsvermutung "in dubio pro libertate" habe ihren Platz bei den Voraussetzungen für einen Eingriff des Staates in die Freiheitssphäre des einzelnen. Beim Widerstreit mit der Vermutung der Rechtmäßigkeit staatlicher Akte bedeutet das für das Strafverfahren: "Nur die unmittelbaren tatsächlichen Voraussetzungen für den Freiheitseingriff sind zweifelsfrei zu erweisen. Wie sich die Strafverfolgungsorgane die Überzeugung von diesen Voraussetzungen, d.h. vom strafbaren Verhalten des Beschuldigten, verschaffen, hat mit der Ausgangsvermutung für den Menschen nichts mehr zu tun. Hier greift somit die Ausgangsvermutung für ein rechtmäßiges Handeln der staatlichen Organe Raum. Und diese Vermutung gilt es zu entkräften, wenn ein Verfahrensverstoß gerügt wird". Vgl. auch Sax,"In dubio pro reo" S. 166 ff., der ebenso wie Sarstedt aaO auf die "Ambivalenz prozessualer Zweifelssituationen" hinweist; wenn es aber nicht möglich sei, die dem Angeklagten günstigere Entscheidung zu bestimmen, dann könne "in dubio pro reo" nicht das gültige Lösungsprinzip sein. Sax prüft die Voraussetzungen danach, ob sie ihre Wirksamkeit erst dann entfalten, wenn die sie begründenden Tatsachen zweifelsfrei bestehen oder ihre Wirksamkeit erst dann entfällt, wenn die Tatsachen zweifelsfrei nicht bestehen (aaO S. 169). So auch Gossrau MDR 1958, 468 (470); Kleinknecht in Kleinknecht-Müller § 337 Anm. 8; Kleinknecht § 337 Anm. 9; Schmid GA 1962, 353; insoweit zustimmend Eb. Schmidt, Teil II § 274 Rn. 18, a.A. jetzt wohl Eb. Schmidt, Nachtrag I § 274 Rn. 6 (zu Erl. 18), dessen Ausführungen nicht überzeugen, da er offensichtlich vom Ergebnis her ("..... daß vom Satze in dubio pro reo nicht viel zu befürchten ist") argumentiert. Widersprüchlich Sax in Müller-Sax (KMR) Vorbem. 1f (3)cc(2) vor § 48 (gegen Sarstedt), dagegen aber § 337 Anm. 8.

ren; dann hätten aber viele Urteile keinen Bestand mehr [1]. Das Rechtsmittel der Revision hätte dann eine verheerende Wirkung; eine wirksame Strafrechtspflege wäre nicht mehr denkbar. Ist aber davon auszugehen, daß bestehende Zweifel zu Lasten des Revisionsführers gehen ("in dubio contra appellantem"), dann kann das Gericht nicht zu einer Auffassung gedrängt werden, durch die ein Schuldiger eine ungerechtfertigte Aufhebung des Urteils und Abwendung der Verurteilung erreichen könnte [2]. Da die Revisionsgerichte an den Freibeweis bisweilen geringe Anforderungen stellen [3], verringern sich schon deswegen von vornherein die Bedenken des Großen Senats. Sollte dennoch der Freibeweis nicht zum Nachweis des Verfahrensverstoßes führen, so ginge dies zu Lasten des Revisionsführers. So leicht, wie es der Große Senat befürchtet, könnte der Angeklagte eine Aufhebung des Urteils also nicht erreichen.

b. § 55 Abs. 2 StPO - eine zwingende Vorschrift?

Zur Bedeutung des § 55 Abs. 2 StPO führt der Große Senat auch noch aus, daß die neue Vorschrift dem Richter zur Pflicht gemacht habe, was bisher seinem Ermessen überlassen war. Daß sie weiterreichende Wirkungen haben solle, sei ihr nicht zu entnehmen. Einer vollen Gleichstellung des § 55 Abs. 2 StPO mit § 52 Abs. 2 StPO stehe eher entgegen, daß eine dem § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechende Be-

---

1) Auch in der Rspr. wird das Feststehen des Verfahrensverstoßes verlangt: BGH NJW 1953, 836 (837); BGHSt. 17, 351 (353); BGHSt. 19, 141 (143 f.) mit ablehnender Anm. Eb. Schmidt JR 1964, 188; OLG Hamm VRS 12,448 (449); vgl. auch Dallinger MDR 1953, 721 (723).
2) Vgl. auch Schütz S. 88 ff.
3) Vgl. Sarstedt, Revision S. 249; Eb. Schmidt, Nachtrag I § 274 Rn. 6; allgemein zum Freibeweis Ditzen S. 46 ff.

stimmung fehle, die es dem Zeugen gestatte, seinen Verzicht auf das Aussageverweigerungsrecht auch während seiner Vernehmung zu widerrufen. Der Gesetzgeber habe eine so weitgehende Absicht nirgends zu erkennen gegeben [1]. § 55 Abs. 2 StPO sei aus dem Bestreben des Gesetzgebers zu erklären, "alle Beteiligten davor zu schützen, daß sie aus Rechtsunkenntnis Erklärungen abgeben, die ihnen schaden könnten" [1]. Die Vorschrift solle das Auskunftsverweigerungsrecht für den Zeugen wirksamer gestalten. Eine Erweiterung der Rechte des Angeklagten im Revisionsrechtszug habe dem Gesetzgeber fern gelegen [2].
Der Bundesgerichtshof entnimmt dem Wortlaut des § 55 Abs. 2 StPO zwar eine "Pflicht" des Richters, den Zeugen zu belehren. Aber praktisch versteht er die Vorschrift nur als eine Sollvorschrift [3], deren Verletzung keine weiteren Folgen hat [4].

Demgegenüber sieht Eb. Schmidt in der Einfügung des § 55 Abs. 2 StPO eine "sicherlich wohl überlegte Gesetzesänderung". Der Bundesgerichtshof habe keine "überaus gewichtigen und überzeugenden Argumente" dafür, daß er einen Revisionsgrund ablehne, obwohl das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe, da eine zwingende Rechtsnorm nicht angewendet worden sei [5].

---

1) BGHSt. 11, 213 (217).
2) BGH aaO S. 218.
3) So Sarstedt, Beweisverbote S. 18 ff.; wohl auch Koffka JR 1968, 30 f.
4) Nach st.Rspr. begründet die Nichtbeachtung einer Soll- oder Ordnungsvorschrift nicht die Revision - RGSt. 42, 168 (169 f.); 56, 66 (70); 62, 182; 64, 133 f.; RG JW 1927, 793 mit abl. Anm. Mannheim; BGHSt. 6, 326 (328); vgl. aber die differenziertere Auffassung von Baldus S. 386 ff.; Mannheim aaO und Beiträge S. 141 ff.; Eb. Schmidt Teil II § 337 Rn. 19.
5) JZ 1958, 596.

Es trifft zu, daß die Materialien zum Rechtsvereinheitlichungsgesetz § 55 StPO nicht erwähnen. Während der Entwurf der Bundesregierung § 55 StPO unverändert aus der Reichsstrafprozeßordnung übernommen hatte [1], fügte der Rechtsausschuß die Belehrungsvorschrift ein, ohne aber in seinem schriftlichen [2] oder mündlichen [3] Bericht auf die Bedeutung dieser Änderung einzugehen. Auch in den Beratungen im Plenum des Bundestages [4] wurde der § 55 StPO nicht erörtert.

Der Wortlaut des § 55 Abs. 2 StPO spricht für eine zwingende Vorschrift [5]. Der Wortlaut allein läßt allerdings noch keinen sicheren Schluß auf den Charakter der Norm zu; enthält doch die Strafprozeßordnung Bestimmungen, die, ihrem Wortlaut nach zwingende Vorschriften, als Soll-Vorschriften verstanden werden [6]. Es handelt sich dabei immer um Fälle, in denen der Gesetzgeber die Möglichkeit

---

1) Bundestagsdrucksache I/530 S. 37; die amtliche Begründung und auch die Änderungsvorschläge des Bundesrates (Anlage II zur Drucksache) erwähnen § 55 StPO nicht.
2) Bundestagsdrucksache I/2138 S. 41 nebst Anlage 3 S. 7.
3) Stenografische Berichte, 1. Wahlperiode, Bd. 4 S. 2866 ff.
4) Stenografische Berichte, 1. Wahlperiode, Bd. 2 S. 2432 ff. (1. Beratung); Bd. 4 S. 2866 ff. (2. Beratung); Bd. 4 S. 3063 ff. (3. Beratung).
5) Schütz S. 57; so hat das RG mehrfach aus der Formulierung "ist" auf den zwingenden Charakter der Rechtsnorm geschlossen - RGSt. 31, 140 (141 f.); vgl. auch RGSt. 10, 436 (437).
6) Ein typischer Fall ist § 275 Abs. 1 StPO, der vom RG trotz der zwingenden Formulierung von Anfang an als Sollvorschrift verstanden wurde; vgl. RG Rspr. 4, 91 u.v.a.; so auch OGHSt. 2, 328 (329); BGH NJW 1951, 970; LM § 275 StPO Nr. 2; vgl. auch Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 275 Anm. 1; Eb. Schmidt Teil II § 275 Rn. 6.
In diesem Zusammenhang gehört auch § 350 Abs. 3 StPO, bei dem der Vorsitzende kaum binnen einer Woche wird klären können, ob der Angeklagte sich in Haft befindet und noch keinen Verteidiger gewählt hat, die Bestellung eines Verteidigers aber beantragt.

gesetzgeberischer Anordnungen überschritten hat. Das könnte auch bei § 55 Abs. 2 StPO vorliegen. Adressat der Vorschrift ist der Tatrichter. Eine zwingende Vorschrift hat für ihn nur dann einen Sinn, wenn ihm genau vorgeschrieben wird, wann er diese Vorschrift anzuwenden hat. Außerdem muß er den Gesetzesbefehl erfüllen können. Das ist aber schon auf Grund der Fassung des Gesetzes nicht möglich. Das Gesetz stellt auf die Gefahr der Strafverfolgung ab; ist sie gegeben, dann ist eine Auskunftsverweigerung möglich. Wann diese Situation aber eintritt, kann das Gesetz nicht eindeutig umschreiben; es kann sich nur auf die zutreffende Wertung des Richters verlassen. Dabei ist dieser aber in vielen Fällen überfordert. Berichtet der Zeuge nach § 69 StPO im Zusammenhang über den Vernehmungsgegenstand, so kann der Richter in den wenigsten Fällen ahnen, ob der nächste Satz eine den Zeugen gefährdende Aussage enthalten wird. Aber erst dann, wenn der Richter einen Verdacht hat, kann er den Zeugen zutreffend belehren. Niemand kann aber vorschreiben, wann dieser Verdacht im Einzelfall entsteht oder entstehen müßte. Ahnt der Richter aber nicht, daß die Aussage eine belastende Erklärung enthalten wird, dann kann er auch nicht belehren [1]. So berichtet Sarstedt von einem Fall, in dem "der Angeklagte einen Staatsanwalt - nicht den Sitzungsvertreter, sondern einen anderen - als Alibizeugen benannt" hatte. Der Zeuge erklärte, ohne daß er belehrt worden war: "Ich kann mit aller Bestimmtheit bekunden, daß nicht der Angeklagte diese Tat begangen hat; über alles weitere verweigere ich die Auskunft" [2]. Den Zeugen vor der Vernehmung zu belehren, war nicht erforderlich, da man bei einem Alibizeugen nicht von vornherein mit einer Gefahr

---

1) So Sarstedt, Beweisverbote S. 19.
2) aaO.

der Strafverfolgung auf Grund der Aussage rechnen muß. Anhaltspunkte, die dem Richter den Verdacht hätten vermitteln können, bestanden auch nicht. Der Richter konnte das Belehrungsgebot also gar nicht erfüllen. § 55 Abs. 2 StPO wäre als zwingender Vorschrift somit nur dann gerecht zu werden, wenn man den Zeugen vor der Vernehmung belehrte. Auf die Schwierigkeiten einer allgemeinen Belehrung vor jeder Vernehmung war aber oben schon hingewiesen worden [1].

Aber auch der Wortlaut des § 55 Abs. 2 StPO spricht trotz der Formulierung "ist..... zu belehren" nicht eindeutig für eine Mußvorschrift. Wäre § 55 Abs. 2 StPO als zwingende Vorschrift gedacht gewesen, so hätte es nahegelegen, einen Wortlaut zu wählen: "Jeder Zeuge ist ..... zu belehren."

Für eine zwingende Norm könnte es aber sprechen, wenn eine zwingend vorgeschriebene Belehrung die tatsächliche Anwendung sicherstellen könnte. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß Sollvorschriften für den Richter ebenso verbindlich sind wie Mußvorschriften [2]. Das Argument, die Beachtung des § 55 Abs. 2 StPO sei nur gewährleistet, wenn bei einer Verletzung der Belehrungspflicht das Urteil auf die Revision hin aufgehoben werden könne, überzeugt nicht. Daß diese Sanktion den nachlässigen Richter zu ordnungsgemäßem Prozedieren anhält, ist unwahrscheinlich. Einerseits wird sich ein anderes Gericht mit der Strafsache befassen müssen (§ 354 Abs. 2 StPO) und andererseits könnte noch nicht einmal erreicht werden, daß der nicht sorgfältige Richter den Fehler das nächste Mal vermeidet oder überhaupt

---

1) Vgl. oben S. 145 ff. des Textes.
2) Sarstedt, Revision S. 104; vgl. auch Jagusch in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 337 Anm. C 3d. Die Unterscheidung von Soll- und Mußvorschrift besagt nur, daß die Verletzung der Sollvorschrift nicht dieselben Folgen hat wie die Verletzung einer Mußvorschrift, daß sie nicht zur Revision führt.

vermeiden kann. In aller Regel darf man doch auch davon ausgehen, daß der Richter das Gesetz freiwillig befolgt [1]. Aber auch wenn man berücksichtigt, daß es auch pflichtwidrig handelnde Richter gibt, ändert das nichts. Denn auch diese Richter werden durch eine zwingende Belehrungsvorschrift - mit der Folge der Revision - nicht mehr zu beeindrucken sein als durch eine Sollvorschrift. Außerdem ist in allen wichtigen Strafsachen ein Verteidiger anwesend (§ 140 StPO - notwendige Verteidigung). Beachtet der Richter die Belehrungsvorschrift nicht und hält der Verteidiger dies für falsch, so ist es Aufgabe des Verteidigers oder auch des Staatsanwalts, den Richter auf seinen Fehler aufmerksam zu machen. Die Gefahr, der Richter werde trotz des Hinweises sich weigern, den Zeugen zu belehren, liegt bei der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (§ 169 GVG) nicht nahe. Im übrigen wird der Zeuge dann ja auch durch die Erörterung mit dem Richter "belehrt".

Der Gesetzgeber hat bei der Einfügung des § 55 Abs. 2 diese Unklarheiten nicht erkannt. Die angemessenste Lösung ist es daher, § 55 Abs. 2 StPO als Sollvorschrift zu verstehen, die eine bestimmte Ordnung des Verfahrens erreichen soll [2].

c. § 55 StPO - kein Beweisverbot

Betrachtet man die obigen Erörterungen, so sprechen die Schwierigkeiten bei der Belehrung für

---

1) Einen Zwang auf den Richter auszuüben, wird man höchstens bei den sog. absoluten Revisionsgründen des § 338 StPO als wirksamen Grund anerkennen können.

2) Vgl. auch § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, der ebenfalls nicht als Mußvorschrift verstanden wird - BGHSt. 22, 170 ff. m.w.N. und mit abl. Anm. Grünwald JZ 1968, 752 f.; ablehnend auch Eb. Schmidt NJW 1968, 1209 ff.

die Ansicht des Bundesgerichtshofes, eine Revision könne auf § 55 StPO nicht gestützt werden.
Im Schrifttum wird aber zum Teil die Auffassung vertreten, die Lösung könne nicht vom Revisionsrecht her gefunden werden; entscheidend sei vielmehr, ob der unter Verletzung des Verfahrensrechtes zustande gekommenen Aussage ein Beweisverbot entgegenstehe [1]. Dabei handelt es sich aber um eine Scheinantithese. Besteht ein Verwertungsverbot, so ist bei seiner Verletzung auch die Revision gegeben.

Seit Beling im Jahre 1902 in seiner Antrittsvorlesung erstmals über Beweisverbote gesprochen hat [2], ist die Diskussion über deren Sinn und Umfang niemals zu einem Abschluß gekommen. Die von Beling gesehene Aufgabe für die Zukunft, "an Stelle der bisherigen Kasuistik eine principielle Regelung zu suchen" [3], ist bisher noch nicht bewältigt worden. Denn weder bei der systematischen Erfassung der Beweisverbote noch bei den ihnen zugrundeliegenden Gedanken ist bisher Einigkeit erzielt worden [4]. Diese Streitfrage kann aber dahin-

---

1) Kleinknecht NJW 1966, 1537 (1539); Grünwald JZ 1966, 189 (190); so wohl auch Schütz S. 80.
2) "Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung"; der Begriff "Beweisverbot" taucht auch in der Rspr. des RG auf, vgl. RGSt. 48, 359 (360).
3) Beweisverbote, Vorwort.
4) Zu Versuchen einer systematischen Gliederung der Beweisverbote vergleiche:
Beling, Beweisverbote S. 1 ff. (kritisch hierzu Gerland S. 194 Fußn. 45); Alsberg-Nüse S. 90, 106; Schäfer in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) Einl. Kap. 12 Anm. III 2; Spendel NJW 1966, 1102 (1103) - Sax in Müller-Sax (KMR) Vorbem. 2a (I) vor § 48; Kleinknecht in Kleinknecht-Müller Vorbem. 2a-d vor § 48; Klug, Beweisverbote S. 31 ff. - Kleinknecht NJW 1966, 1537 ff. - K. Peters, Gutachten S. 91 ff. - Grünwald JZ 1966, 489 ff.

gestellt bleiben, da sie nichts zur Lösung der Frage beiträgt, ob in § 55 Abs. 2 StPO ein Beweisverbot enthalten ist.

Entscheidend sind meines Erachtens die oben schon aufgezeigten Schwierigkeiten für den Tatsachenrichter. Das Urteil aufzuheben und das Verbot die Zeugenaussage zu verwerten, hat nur dann einen Sinn, wenn dem Richter sein "Verstoß" v o r g e w o r f e n werden kann. Einen derartigen Vorwurf kann man gegen den Tatsachenrichter aber dann nicht erheben, wenn ihm nicht zuverlässig gesagt wird, wie solche "Fehler" zu vermeiden sind. So wachen die Revisionsgerichte zwar sorgfältig darüber, daß die Vorschriften über die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung eingehalten werden. Sarstedt [1] weist aber zutreffend darauf hin, daß "Verstöße gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit nur schaden, wenn sie auf dem Willen des Vorsitzenden oder des Gerichts beruhen" [2][3].

Auch der Hinweis, der Angeklagte könne ein prozeßordnungsgemäßes Verfahrens verlangen [4], hilft nicht weiter.

Das Verfahrensrecht hat zwar die Aufgabe, in einem geordneten Verfahren den gegen den Angeklagten erhobenen Vorwurf auf seine Berechtigung zu überprüfen. Bei dieser Aufgabe ist die Ermittlungstätigkeit des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) aber nicht unbeschränkt. Innerhalb des von der Verfahrensordnung abgesteckten Rahmens soll sich - nicht ohne Grund - nach dem Willen des Gesetzgebers die Ermitt-

---

1) Revision S. 151.
2) So auch RGRspr. 4, 268 f.; RGSt. 2, 301 (302 f.); 43, 188 (189); 71, 377 (380); vgl. auch OLG Hamm NJW 1960, 785;
zweifelnd Jagusch in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 338 Anm. 14 a.E.
3) Eigenmächtige oder versehentliche Handlungen oder Unterlassungen des Gerichtswachtsmeisters begründen die Revision nicht.
4) Vgl. z.B. Alsberg-Nüse S. 205; Goldschmidt, Rechtslage S. 81; Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14.

lung der Wahrheit vollziehen. Die Zeit des Inquisitionsprozesses mit seinem Drang, nur möglichst geringfügige Einschränkungen der Ermittlungstätigkeit hinzunehmen, um die volle Wahrheit finden zu können, hatte dazu geführt, daß der Angeklagte mehr ein Untersuchungsobjekt als eine Persönlichkeit war [1]. Eine Wiederholung derartiger Zustände zu vermeiden, war und ist das Ziel der Strafprozeßordnungen seit Beginn des 19. Jahrhunderts. Eine Grenze der Wahrheitsermittlung zieht das Gesetz mit den verschiedenen Aussageverweigerungsrechten. Der Zeuge soll aus dem Strafverfahren ausscheiden können; er - oder bei § 54 StPO die zuständige staatliche Dienststelle - soll allein entscheiden, ob er als Beweismittel dienen soll. Verweigert er die Aussage, dann soll der Zeuge nicht mehr als Beweismittel zur Verfügung stehen; er scheidet aus dem Verfahren aus. Das Gericht soll dabei dem Zeugen durch ordnungsgemäßes Prozedieren die Gelegenheit geben, sich frei und ohne Zwang zu entscheiden, indem es den Zeugen - soweit es vorgeschrieben ist - zutreffend über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt. Geschieht dies nicht, dann kann man daraus nicht ohne weiteres folgern, der Angeklagte könne jetzt diesen Verfahrensverstoß rügen. Ein prozeßordnungsgemäßes Verhalten und die Beachtung der Verfahrensvorschriften kann man sinnvoller Weise nur dann verlangen, wenn der Richter diese Forderung überhaupt erfüllen kann. Kann man dem Richter aber nicht sagen, wann bei ihm der Verdacht entstehen soll, dann kann die Belehrung auch keine wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Beweismittels sein. Die Wahrheitsermittlung erfolgt dann nicht jenseits der vom Gesetz gesteckten Grenzen [2].

---

1) Vgl. Eb. Schmidt JZ 1958, 596 (599).
2) a.A. Niese, Prozeßhandlungen S. 141.

Es darf auch nicht verkannt werden, daß das Preußische Obertribunal das Auskunftsverweigerungsrecht zum Schutz des Z e u g e n gewährt hatte [1]. Auch die Reichsstrafprozeßordnung von 1877 wollte nur den Zeugen vor der Gefahr eines Meineids schützen [2]. Dieser Schutzzweck ist aber nicht mehr zu erreichen, wenn die Auskunft schon gegeben worden ist. Diesen Gesichtspunkt hat Grünwald [3] als den entscheidenden bezeichnet: Sei der Schutzzweck der Vorschrift endgültig vereitelt, wenn gegen sie verstoßen worden sei, dann bestehe kein Verwertungsverbot; führe die Verwertung des Beweismittels aber erst zur Vollendung oder Vertiefung der Verletzung der geschützten Interessen, dann müsse ein Verwertungsverbot bejaht werden. Bei § 55 StPO ist aber der Schutzzweck - die Rücksicht auf den Zeugen, der etwas soll verschweigen dürfen - vereitelt, wenn der Zeuge - gleichgültig aus welchem Grunde - ausgesagt hat. Denn mit der Aussage ist die belastende Tatsache der Strafverfolgungsbehörde bekannt geworden [4]. In den meisten Fällen wird der Angeklagte nicht unmittelbar beeinträchtigt; zu prüfen ist ja, ob der Zeuge oder dessen Angehörige belastet werden. Müßte der Angeklagte aber einmal den mit ihm verwandten Angeklagten belasten, so steht ihm neben § 55 StPO auch das Recht des § 52 StPO zu, um seine Familienbande zum Angeklagten nicht zu belasten.

---

1) Erstmalig am 5.4.1854 - GA 2, 414 f.; vgl. auch oben S. 14 f. des Textes.
2) Vgl. die Motive S. 45 (Hahn, Materialien StPO I S. 108) und oben S. 18 f. des Textes.
3) JZ 1966, 489 (492 f.).
4) Sarstedt, Beweisverbote S. 18 hat diesen Gesichtspunkt - allerdings zu § 54 StPO - ebenfalls angedeutet, ohne ihn jedoch allgemein anzuwenden: Er meint, eine Behörde habe, wenn das Geheimnis einmal heraus sei, aus den Gesichtspunkten des Ressorts überhaupt keinen denkbaren Grund, eine Genehmigung der Aussage noch zu verweigern.

Eb. Schmidt meint, man könne den Angeklagten, der auf Grund der Aussage eines auskunftsverweigerungsberechtigten, aber nicht belehrten Zeugen verurteilt wurde, sicherlich nicht damit beruhigen, daß der Verfahrensverstoß seinen Rechtskreis nicht wesentlich berühre [1]. Das wäre aber nichts Besonderes. Denn auch der unschuldig Verurteilte kann in der Revision nicht mit der Behauptung durchdringen, er sei unschuldig. Beruhigen wird ihn dies aber auch nicht.

Daß § 55 StPO nicht der Wahrheitsermittlung dient, war schon gezeigt worden. Die Vorschrift kann aber durchaus Einfluß auf die Wahrheitsermittlung haben. Denn es ist möglich, daß ein Zeuge, der sein Recht nicht kennt, die ihn belastende Aussage zuungunsten des Angeklagten verfälscht. Diese Gefahr droht aber auch nach einer Belehrung; sie wird solange bestehen, als alle Zeugen, auch die erfahrungsgemäß unzuverlässigen, taugliche Beweismittel sind. Die Unzuverlässigkeit der Zeugenaussage allein kann aber kein Verwertungsverbot begründen. Der Unzuverlässigkeit ist allein im Wege der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) zu begegnen [2].

§ 55 StPO enthält somit kein Beweisverbot. Es handelt sich um eine Beweisregelung [3], die die Ordnung des Verfahrens regelt.

---

1) JZ 1958, 596.
2) Vgl. dagegen den Ausschluß bestimmter Personengruppen von der Fähigkeit Zeuge zu sein in Art. 322 c.i.c. (Frankreich, Belgien).
3) K. Peters, Gutachten, S. 100: Beweisregelungen sind Verfahrensanordnungen, die die Beweisführung ermöglichen oder sichern sollen; "sie dienen dazu den Fluß des Beweisverfahrens zu lenken, ohne jedoch den Beweis auszuschließen; nur die Art und Weise, wie der Beweis erbracht werden soll, wird geregelt."

Dem entspricht es auch, daß das Weigerungsrecht des § 55 StPO als ein Recht des Zeugen angesehen wird [1], das nur er und kein anderer, auch nicht der Angeklagte ausüben kann. Folgerichtig kann der Angeklagte allein aus dem Nichtgebrauch des Auskunftsverweigerungsrechtes durch den Zeugen keine Rechte für sich herleiten [2].

d. Verstöße gegen andere Vorschriften

Im Zusammenhang mit der Nichtbeachtung des § 55 StPO sind aber Verstöße gegen andere Vorschriften der Strafprozeßordnung möglich.
So kann nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg [3] der Richter unter Umständen seine Pflicht verletzen, die Wahrheit zu erforschen und hierfür alle verfügbaren und zulässigen Beweismittel zu benutzen (§ 244 Abs. 2 StPO), wenn er ohne ausreichende Prüfung die Behauptung des Zeugen, es bestehe ein Auskunftsverweigerungsrecht, hinnimmt und diesen nicht vernimmt. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Richter die Zeugenbehauptung über das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechtes einfach übernommen, obwohl wegen der in Frage stehenden Übertretung [4] ausweislich der

---

1) Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 1b; Niese, Prozeßhandlungen S. 145.
2) RGSt. 38, 320; 69, 269 (270); Tillmann in Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 55 Anm. 10.
3) NJW 1961, 1225.
4) Dem Angeklagten wurde vorgeworfen, es als Gastwirt geduldet zu haben, daß Gäste über die Polizeistunde hinaus in den Gasträumen verweilten (§ 29 Ziff. 7 GaststG a.F.); die Zeugen sollten darüber vernommen werden, ob sie nach der Sperrstunde noch in dem Lokal gewesen waren (Übertretung nach § 29 Ziff. 6 GaststG a.F.).

Akten kein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden und die Strafverfolgung inzwischen wegen Verjährung ausgeschlossen war. Begründete Anhaltspunkte für ein Auskunftsverweigerungsrecht lagen somit nicht vor. Vernimmt der Richter aber auf Grund einer oberflächlichen Annahme des Auskunftsverweigerungsrechts unberechtigterweise den Zeugen nicht, dann begrenzt er in rechtlich fehlerhafter Weise den seiner Aufklärungspflicht unterliegenden Bereich [1]. Das Oberlandesgericht Celle [2] hatte einen ähnlichen Fall zu entscheiden und sah in der unrichtigen Belehrung eines Zeugen, die zu einer unberechtigten Auskunftsverweigerung geführt hatte, einen Verstoß gegen § 245 StPO, wenn der Zeuge geladen worden war [3][4].

VII. Die Auskunftsverweigerung als Gegenstand der freien Beweiswürdigung

Umstritten ist auch heute noch die Frage, inwieweit die Tatsache der berechtigten Auskunftsverweigerung Gegenstand der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) sein kann [5].

---

1) Schwarz-Kleinknecht (26. Aufl.) § 55 Anm. 4, der aber einen Verstoß gegen § 245 StPO annimmt (seit der 27. Aufl. nicht mehr erwähnt); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 55 Anm. 7; Sax in Müller-Sax (KMR) § 55 Anm. 5; wohl auch Geerds, Studien S. 178; vgl. so schon RGSt. 32, 157 (158) zu § 52 StPO.
2) NJW 1962, 2315.
3) Sax aaO; Kohlhaas aaO; Kohlhaas reiht den Verfahrensfehler bei § 244 Abs. 2 StPO ein.
4) Eb. Schmidt, Nachtrag II § 55 Rn. 14 bezeichnet beide Urteile zu Recht als beachtlich, da auf diesem Wege die Folgen der Rechtsprechung zur Verletzung des § 55 Abs. 2 StPO erheblich gemildert werden.
5) Die unberechtigte Auskunftsverweigerung - so z.B. über geschlechtliche Beziehungen - unterliegt der freien Beweiswürdigung; vgl. BGH NJW 1966, 211 (unter II b).

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung gibt es nur wenige Stellungnahmen zur Geltung des § 261 StPO beim Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO [1], während die Frage der Beweiswürdigung bei einer Zeugnisverweigerung nach § 52 StPO immer wieder erörtert worden ist. In den Äußerungen zu § 55 StPO wird teilweise [2] auf die Rechtsprechung und das Schrifttum zu § 261 StPO in Verbindung mit § 52 StPO hingewiesen [3].

Die Rechtsprechung zu § 52 StPO ist maßgeblich von dem Urteil des Reichsgerichts vom 22.5.1920 [4] beeinflußt worden, in dem dem Richter zugestanden wurde, die Tatsache der Zeugnisverweigerung nach § 52 StPO wie jede andere Tatsache nach seiner

---

1) Die Beweiswürdigung lassen zu: OLG Hamm HESt. 3, 44 (44 f.); Kleinknecht § 261 Anm. 4 Bb; Arndt NJW 1966, 869 (870); E. Peters ZZP 77, 444 (458 und 462); vgl. hierzu auch RG JW 1931, 1596 f. mit abl. Anm. Alsberg; a.A.: Buchwald SJZ 1949, 360 ff.; Weigelin JR 1951, 70 (71) und wohl auch Geerds, Studien S. 180, der die Beweiswürdigung aber wohl nur dann verbieten will, wenn allein aus der Tatsache der Auskunftsverweigerung Schlüsse gezogen werden sollen.

2) OLG Hamm aaO; E. Peters ZZP 77, 444 ff.

3) Demgegenüber hat die zivilrechtliche Rspr. sich fast ausschließlich mit § 384 Nr. 2 ZPO beschäftigen müssen - vgl. z.B. RG JW 1896, 130; BGHZ 26, 391 (399 f.) -; im zivilprozessualen Schrifttum werden die §§ 383, 384 ZPO - ihnen entsprechen die §§ 52-55 StPO - vielfach gleichbehandelt, vgl. z.B. Stein-Jonas-Pohle § 383 Anm. I 4; § 384 Anm. II 2; Thomas-Putzo § 383 Anm. 1; § 384 Anm. 1.

4) RGSt. 55, 20 ff.; - schon in einer Entscheidung vom 28.6.1886 - RG Rspr. 8, 502 (504) - hatte das Reichsgericht erklärt, es bestehe kein Gesetz, welches dem Tatrichter verbiete, die Tatsache der Zeugnisverweigerung zu berücksichtigen und aus derselben Schlußfolgerungen zu ziehen.

freien Überzeugung zu würdigen (§ 261 StPO); das Zeugnisverweigerungsrecht werde dadurch nicht illusorisch [1]. Diese vom Reichsgericht später beiläufig bestätigte Auffassung zu § 52 StPO [2] hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in seinem Urteil vom 8.5.1952 [3] fast wörtlich über-

---

1) Das Reichsgericht stellte in seiner Entscheidung fest, der Zeuge habe durch das Gesetz nicht das Recht erhalten, mit Hilfe der Zeugnisverweigerung die Überführung des Angehörigen zu verhindern; er sei nur - aus Schonung und aus Rücksicht auf den Gewissenskonflikt, in den er durch seine gesetzliche Aussagepflicht kommen würde - von der Verpflichtung, seinen Angehörigen zu belasten, befreit. Der Inhalt des Zeugnisverweigerungsrechtes werde durch die später vom Richter vorgenommene freie Beweiswürdigung und den Schlußfolgerungen daraus in keiner Weise berührt, da der Zeuge keinem Aussagezwang unterlegen habe und auch in keinen Pflichtenwiderstreit versetzt worden sei.
2) RG v. 14.3.1939 - HRR 1939 Nr. 729; RG v. 22.12. 1930 - JW 1931, 1596 Nr. 53.
3) BGHSt. 2, 351 (354); so auch schon für § 55 StPO OLG Hamm HESt. 3, 44 (44 f.); beiläufig in BGHSt. 6, 279 (280) bestätigt.

nommen [1)2)].

Diese ständige Rechtsprechung der Obergerichte fand im Schrifttum Zustimmung [3)] bei Hartung [4)], Tillmann [5)], Fuhrmann [6)], Sax [7)], Simader [8)] Be-

---

1) Der BGH führt noch aus, daß das Gesetz die durch die Zubilligung des Zeugnisverweigerungsrechtes entstehende Einschränkung der Wahrheitserforschung und der Verbrechensaufklärung ausnahmsweise in Kauf nehme, "um dem Zeugen die mit einer Aussage verbundene innere Belastung zu ersparen". Da die Rücksicht auf den Zeugen aber nur so weit gehen könne, als es dessen schutzwürdige Interessen unbedingt verlangten, könnte der Grundsatz der Wahrheitserforschung dann nicht mehr zurücktreten, "wenn diese Belastung nicht mehr in dem Zwang zur Aussage besteht, sondern allenfalls darin, daß der Zeuge sich vielleicht sagt, seine Zeugnisverweigerung werde den Richter möglicherweise zu einer dem Angehörigen nachteiligen Folgerung veranlassen". Wenn man auch hier den Zwiespalt des Zeugen berücksichtige, obwohl dieser "wesentlich abgemildert und von erheblich geringerem Gewicht sei", würde dies zu einer unberechtigten und nicht mehr vertretbaren Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wahrheitserforschung führen.
2) Bei § 384 Nr. 2 ZPO läßt die Rechtsprechung zwar Schlußfolgerungen der berechtigten Zeugnisverweigerung zu, hält aber, wenn keine weiteren Tatsachen von einigem Gewicht für die durch das Zeugnis unter Beweis gestellte Behauptung sprechen, Zurückhaltung für geboten; vgl. RG JW 1896, 130; Warn. 1912 Nr. 229; HRR 1933 Nr. 539; BGHZ 26, 391 (399 f.); BayObLGZ 1951, 51; vgl. auch E. Peters ZZP 77, 444 ff.; Strutz FamRZ 1967, 85 (87).
3) Der höchstrichterlichen Rspr. zu § 384 Nr. 2 ZPO stimmen zu: Stein-Jonas-Pohle § 286 Anm. II 1; § 383 Anm. I 4; § 384 Anm. II 2; Stephan in Zöller § 286 Anm. 1; Thomas-Putzo § 383 Anm. 1; § 384 Anm. 1; Baumbach-Lauterbach § 384 Anm. 3 B; Wieczorek § 286 Anm. D II d 4; § 384 Anm. A II; E. Peters ZZP 77, 444 (447) m.w.N.; Bruns § 35 IV 2 d.
4) In Löwe-Rosenberg (19. Aufl.) Vorbem. 16 vor §§ 52-56.
5) In Löwe-Rosenberg (20. Aufl.) § 52 Anm. 14.
6) In Fuhrmann-Dalcke-Schäfer § 52 Anm. 2.
7) In Müller-Sax (KMR) § 52 Anm. 4e, wo aber zu großer Vorsicht geraten wird, weil der Zeuge die Aussage auch dann verweigern kann, wenn er zugunsten des Angeklagten aussagen müßte.
8) S. 169.

ling [1] und früher auch Kleinknecht [2]. Neuerdings hat E. Peters der Rechtsprechung grundsätzlich zugestimmt [3].

Die Gegenmeinung, wonach das Gericht die Zeugnisverweigerung niemals bei der Beweiswürdigung verwerten dürfe [4], vertreten Eb. Schmidt [5], K. Peters [6], Henkel [7], Kohlhaas [8], Sarstedt [9], Goldschmidt [10], Buchwald [11], v. Godin [12], Weigelin [13], Proskauer [14], Alsberg [15], Panhuysen [16] und neuerdings Kleinknecht [17].

---

1) Beweisverbote S. 32; Lb. § 58 V (S. 291 Fußn. 1).
2) In Kleinknecht-Müller § 52 Anm. 4e, der ebenfalls zur Vorsicht riet und Schwarz-Kleinknecht § 52 Anm. 12 (bis zur 26. Aufl. einschließlich).
3) ZZP 77, 444 (449 ff.).
4) Im Zivilprozeßrecht wird diese Auffassung vertreten von Goldschmidt, Lb. § 47, 2b (S. 145); Rosenberg-Schwab § 119 III 2d; Blomeyer § 78 III 5; Lent-Jauernig § 53 II 4; Buchwald SJZ 1949, 360 ff.; Weigelin JR 1951, 70 (71).
5) Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52-56 Rn. 20.
6) Lb. § 42 III 2c, aa und cc; vgl. Gutachten S. 120.
7) Lb. (2. Aufl.) § 49 IV 3.
8) In Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 52 Anm. 5b; LM § 52 StPO Nr. 6 und JR 1955, 43 ff., wo er S. 43 f. auf einen von ihm empfundenen Widerspruch in der Rspr. des BGH hinweist, da zwar eine Verwertung der Zeugnisverweigerung im Wege freier Beweiswürdigung zulässig sein soll, es aber andererseits nicht gestattet wird, die Hintergründe der Verweigerung zu erforschen (so BGHSt. 6, 279 ff.).
9) Revision S. 158.
10) DJZ 1925, 328 f.
11) SJZ 1949, 360 ff., nach dem die Verhandlung mit dem Zeugen über die Berechtigung seiner Zeugnisverweigerung nicht Teil der Hauptverhandlung ist, sondern eine Zwischenverhandlung darüber, was Bestandteil der Hauptverhandlung werden soll - a.A. E. Peters ZZP 77, 444 (450).
12) SJZ 1949, 657 f.
13) JR 1951, 70 (71).
14) JW 1931, 1596.
15) S. 8 f.
16) NJW 1953, 49 f.
17) § 52 Anm. 12 (seit der 27. Aufl.).

Dieser Gegenmeinung hat sich seit kurzem auch die Rechtsprechung angeschlossen. So hat sich der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in einem Beschluß vom 2.4.1968 [1] ausdrücklich gegen die Auffassung des 3. Strafsenats gewandt [2][3], da der Angehörige von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nicht frei und unbefangen Gebrauch machen könne, wenn er damit rechnen müsse, daß das Gericht seine Aussageverweigerung gegen den Angeklagten verwerte. Diese Freiheit dürfe bei einem Zeugen ebensowenig beeinträchtigt werden wie bei einem Beschuldigten oder Angeklagten, der keine Angaben zur Sache machen wolle [4][5].

---

1) BGHSt. 22, 113 f.; so schon KG NJW 1966, 605 f. und jetzt auch BayObLG NJW 1969, 200 f.
2) Vgl. oben S. 211 des Textes.
3) Die der Entscheidung BGHSt. 2, 351 ff. zustimmende Bemerkung in BGHSt. 6, 279 (280)ist nur ein obiter dictum.
4) Vgl. hierzu BGHSt. 20, 281 ff.
5) Die Kritik Ostermeyers in NJW 1968, 1789 f. an BGHSt. 22, 113 f. überzeugt nicht. Ostermeyer meint, es sei "nicht möglich, das Beweisergebnis in Teile aufzuspalten, die zur Kenntnis zu nehmen, und in Teile, die es nicht sind". Die Weigerung dürfe nur außer Betracht bleiben, wenn der Zeuge noch nicht einmal erklären müßte, ob er aussagen wolle oder nicht. An der Erklärung, nicht aussagen zu wollen, komme der Tatrichter nicht vorbei. Das Revisionsgericht könne aber nicht die Freiheit der Beweiswürdigung einschränken. Ostermeyer verkennt, daß in dem vom BGH zu entscheidenden Fall nur die Zeugnisverweigerung vorlag. Das ist aber keine Zeugenaussage, die der Beweiswürdigung unterliegen kann; nur vorhandene Beweise können gewürdigt werden. Der BGH greift auch nicht unzulässigerweise in die Beweiswürdigung der Untergerichte ein; die Frage, ob § 261 StPO überhaupt angewendet werden kann, ist nämlich eine Frage der Rechtsanwendung, die der Beurteilung des BGH unterliegt.

Es ist aber zweifelhaft, ob die zu § 52 StPO entwickelte Auffassung, die Tatsache der Zeugnisverweigerung dürfe nicht verwertet werden, auf § 55 StPO übertragen werden kann.
§ 55 StPO ist nur ein partielles Aussageverweigerungsrecht; nur soweit es eingreift, ist der Zeuge von der Aussagepflicht befreit. Das Gesetz selbst nennt das Motiv des Zeugen für die Verweigerung: die Belastung seiner eigenen Person oder eines Angehörigen [1]. Der Grund für die Verweigerung ist also in der Aussage selbst zu suchen. Demgegenüber läßt das Gesetz in § 52 StPO das Motiv für das Schweigen des Zeugen unberücksichtigt, entscheidend ist allein das Verwandtenverhältnis; auf den Inhalt der Aussage nimmt § 52 StPO keinen Bezug. Da sich der Zeuge überhaupt nicht zu äußern braucht, sagt die Tatsache der Zeugnisverweigerung allein nichts aus. Zwar ist auch bei § 55 StPO die Ursache der Verweigerung nicht immer erkennbar, denn der Zeuge braucht für ihn "gefährliche Fragen" [2] überhaupt nicht zu beantworten [3]. Es wäre daher auch bei § 55 StPO gefährlich, als Erfahrungssatz aufzustellen, der Zeuge werde die Auskunft verweigern, wenn er sonst sich oder Angehörige belasten müßte. Dennoch erscheint es mir richtig, die Tatsache der Auskunftsverweigerung der Beweiswürdigung zugänglich zu machen. Denn gerade beim Auskunftsverweigerungsrecht kann sich der Beweggrund aus dem übrigen Beweisergebnis ergeben. Die Auskunftsverweigerung kann im Rahmen der Beweiswürdigung ein Indiz sein; wie weit Schlußfolgerungen dabei gehen dürfen,

---

1) Vgl. Arndt NJW 1966, 869 (870), nach dem das Gesetz dem Zeugen, der sein Verstummen mit der Gefahr der Strafverfolgung motivieren muß, kein Recht zum Schweigen gibt, sondern nur Nachsicht gegen ihn übt.
2) Der Zeuge wird z.B. direkt gefragt, ob er oder ein Angehöriger eine bestimmte strafbare Handlung begangen haben.
3) Vgl. E. Peters ZZP 77, 444 (452 f.).

ist eine Frage des Einzelfalles [1].
Fraglich bleibt, ob die Beweiswürdigung den Zeugen nicht doch dränge auszusagen, und zwar möglicherweise falsch, so daß er aus seiner Zwangslage gar nicht befreit werde [2]. Der Zeuge soll jedoch nur davor geschützt werden, mit seiner Aussagepflicht in Konflikt zu kommen, er soll nicht als Ankläger gegen sich selbst auftreten müssen. Dieser Zwiespalt wird aber auch dann nicht schwerwiegender, wenn die Tatsache der Auskunftsverweigerung der freien Beweiswürdigung unterliegt. Die freie Beweiswürdigung bezieht sich im anhängigen Verfahren ja nur auf den Angeklagten. Dem Zeugen oder seinen Angehörigen drohen im laufenden Verfahren keine Nachteile [3]. Durch die Würdigung der Auskunftsverweigerung entsteht nämlich kein bindendes Präjudiz für ein weiteres Strafverfahren. K. Peters berichtet zwar von einem Fall, "in dem das Gericht lediglich auf Grund der Tatsache der Auskunftsverweigerung in einem Wildereiprozeß in dem später gegen den Zeugen anhängig gemachten Strafverfahren die Schuld für erwiesen hielt" [4]. Wird aber beachtet, daß eine vorsichtige Beweiswürdigung angebracht und die Tatsache der Verweigerung somit nur ein Indiz [5] ist, dürften solche Entscheidungen eigentlich nicht gefällt werden. Auch der Schutzzweck des § 55 StPO wird bei einer Würdigung der Verweigerung nicht verhindert [6]. Daß der Zeuge vor a l l e n

---

1) Vgl. E. Peters ZZP 77, 444 (454 f.).
2) So Goldschmidt DJZ 1925, 328 (329); K. Peters, Lb. § 42 III 2c, aa; v. Godin SJZ 1949, 657 (658); Kohlhaas JR 1955, 43 (44); Weigelin JR 1951, 70 (71); Eb. Schmidt, Nachtrag I Vorbem. vor §§ 52-56 Rn. 20 bezeichnet die Möglichkeit einer solchen Beweiswürdigung sogar als üblen psychologischen Zwang für den Zeugen.
3) E. Peters aaO S. 458.
4) Lb. § 42 III 2c, cc.
5) E. Peters aaO S. 459; OLG Hamm HESt. 3,44.
6) Anders Goldschmidt DJZ 1925, 328 (329); Proskauer NJW 1953, 49 (50); Weigelin JR 1951, 70 (71); v. Godin SJZ 1949, 657 (658).

Folgen einer für ihn ungünstigen Rechtslage bewahrt werden soll, ist nicht der Sinn des Auskunftsverweigerungsrechts [1]. § 55 StPO schützt auch keine persönlichen Beziehungen zwischen dem Zeugen und dem Angeklagten [2], sondern nur den Zeugen [3]. Der Angeklagte kann daher weder die Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechtes verlangen noch verhindern, daß Schlußfolgerungen zu seinen Lasten gezogen werden. Dabei ist es sehr zweifelhaft, ob gerade beim Auskunftsverweigerungsrecht immer nur nachteilige Schlußfolgerungen für den Angeklagten möglich wären. So könnte doch der Vorsitzende den Zeugen fragen: Ich möchte Ihnen eine Frage stellen, auf die Sie die Auskunft verweigern können. Haben vielleicht Sie die Tat, die dem Angeklagten zur Last gelegt wird, selbst begangen? Der Zeuge verweigert darauf die Auskunft. Angenommen, es handelt sich um eine von einem einzelnen Täter begangene Notzucht (§ 177 StGB)! Die Verletzte ist sich nicht sicher, ob der Angeklagte oder der Zeuge der Täter war; fast alles spricht jedoch gegen den Angeklagten, so daß mit seiner Verurteilung zu rechnen ist. Die Auskunftsverweigerung läßt jedoch die Richter unsicher werden; sie können nicht mehr ausschließen, daß vielleicht doch der Zeuge der Täter war. Das Gericht spricht darauf den Angeklagten frei. Soll jetzt die Staatsanwaltschaft mit Erfolg rügen können, daß die Verwertung der Auskunftsverweigerung unzulässig war? Das erscheint nicht nur ungerecht; es widerspräche auch dem Grundsatz des § 261 StPO, daß "das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung" entscheiden soll. Das Urteil müßte aufgehoben werden,

---

1) E. Peters ZZP 77, 444 (462); zu § 384 Nr. 2 ZPO: Bruns § 35 IV 2d.
2) Anders bei § 52 StPO.
3) E. Peters aaO; zu § 384 Nr. 2 ZPO: Bruns aaO.

obwohl das Gericht zu Recht freigesprochen hatte; nach allgemeiner Auffassung schließt der leiseste Zweifel des Tatrichters an der Schuld des Angeklagten die Verurteilung aus [1]. Derartige Situationen werden aber gerade bei § 55 StPO auftreten, da in dieser Bestimmung auf eine strafbare Handlung des Zeugen oder eines Angehörigen Bezug genommen wird. Die Zweifel können beim Tatrichter schon deswegen leicht eintreten, weil die Antwort des Zeugen sehr unterschiedlich ausfallen könnte. Auf die Frage, ob er an dem Einbruch beteiligt gewesen sei, hätte der die Auskunft verweigernde Zeuge vielleicht sagen müssen: Ich habe "Schmiere" gestanden, oder: Ich habe den Tip für den Einbruch gegeben, oder: Ich selbst war der Täter, oder auch: Ich war zwar nicht bei dem Einbruch beteiligt, habe aber zur selben Zeit ein Auto aufgebrochen. Diese Mehrdeutigkeit der Auskunftsverweigerung wirkt sich eher zugunsten des Angeklagten aus als zu seinen Ungunsten.

Alle diese Überlegungen sprechen meiner Meinung dafür, die Tatsache der Auskunftsverweigerung in vorsichtigem Maße der freien Beweiswurdigung gegenüber dem Angeklagten zu unterwerfen.

Das gilt aber nicht gegenüber dem Zeugen selbst. Der Zeuge muß frei und unbefangen von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen können [2]. Die Tatsache der Auskunftsverweigerung allein darf in einem folgenden Verfahren gegen den Zeugen nicht verwertet werden, da sonst die freie Entscheidung

---

1) RGSt. 66, 163 (164); BGHSt. 10, 208 ff.; Kleinknecht § 261 Anm. 1A; Eb. Schmidt, Teil II § 261 Rn. 11: ".... zu einer dem § 261 StPO entsprechenden Überzeugung ist zu verlangen, genügt aber auch, daß der Richter nicht noch 'eigene Zweifel' spürt, daß er in diesem Sinne 'voll überzeugt' ist." Geier in Löwe-Rosenberg (21. Aufl.) § 261 Anm. 3.

2) Vgl. hierzu oben S. 214 Fußn. 1 des Textes.

des Zeugen nicht mehr sichergestellt und der Konflikt zwischen wahrheitsgemäßer Aussage und Selbstbelastung nicht beseitigt wäre.

E. Schlußbetrachtung

Betrachtet man die sehr unterschiedlichen und zum Teil weitergehenden Regelungen der Aussageverweigerungsrechte in ausländischen Strafprozeßordnungen [1], so stellt sich die Frage, ob die Beschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts in Deutschland auf die Gefahr, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, auch heute noch berechtigt ist, oder ob man das Recht aus § 55 StPO nicht auf zur Schande oder Unehre gereichende Tatsachen ausdehnen sollte, wie es schon in den Kommissionsberatungen gefordert worden war [2]. Die bei den Beratungen des Auskunftsverweigerungsrechtes gegen die Erweiterung vorgetragenen Gründe haben aber auch heute noch Gewicht. Die Erfordernisse der Strafrechtspflege dürfen nicht so weit zurückgedrängt werden, daß auch unehrenhaftes Verhalten ein Verweigerungsrecht zur Folge hat. Eine derartige Erweiterung würde es weitgehend verhindern, im Strafverfahren die materielle Wahrheit zu erforschen [3]. Auch würde sich die Strafrechtspflege mit dem schwierigen Abgrenzungsproblem belasten, was unehrenhaft ist [4]. Daß auf dem Gebiet sittlicher Bewertungen aber große, kaum zu beseitigende Differenzen bestehen können, zeigt zum Bei-

---

1) Vgl. S. 24 ff., 40 f. des Textes.
2) Vgl. oben S. 18 f. des Textes; beachte auch die Kritik bei Goldschmidt DJZ 1925, 326.
3) Vgl. hierzu schon Stern GS 63, 205 (211 f.) und E 1939 - Begründung S. 89.
4) Vgl. hierzu Strutz FamRZ 1967, 85 f.

spiel die Reform des Sexualstrafrechts [1].

Neuerdings hat sich Geerds [2] ablehnend zur Konstruktion des § 55 StPO geäußert, da er diese für zweifelhaft und unhaltbar [3] und daher als kriminalpolitisch verfehlt ansieht [4]. Geerds Kritik geht davon aus, daß § 55 StPO zwei Fallgruppen - die der Eigengefährdung und die der Gefährdung naher Angehöriger des Zeugen - gesetzestechnisch zusammenfaßt und gleichbehandelt, obwohl die jeweilige Situation für den Zeugen sehr unterschiedlich sei [5]. Im Falle der Eigengefährdung ist nach Geerds die Lage des Zeugen mit der des Beschuldigten vergleichbar [6], der nach geltendem Recht schweigen darf [7], während die Lage des Zeugen, der nahe Angehörige mit seiner Aussage gefährden würde, derjenigen des § 52 StPO entspricht, wo der Angehörige des Zeugen der Beschuldigte ist [8]. Aus diesen von ihm gesehenen Unterschieden meint Geerds herleiten zu können, daß im Falle der Eigengefährdung dem Zeugen die Befugnis zugestanden werden müsse zu schweigen, während die Gefährdung naher Angehöriger nur zu einem entsprechend § 52 StPO geregelten Aussageverweigerungsrecht führen könne [9]. Geerds schlägt daher vor, den Fall der Gefährdung von Angehörigen zu vermeiden, indem man § 52 StPO so erweitert, daß er auch den zukünftigen Beschuldigten erfaßt; nach seinen Vorstellungen wäre die Eigengefährdung des Zeugen in einer neuen Vorschrift zu regeln. Diese soll - als allgemein für Beweispersonen geltendes Prinzip - bestimmen, daß "niemand verpflichtet ist, sich durch seine Aussage in einem

---

1) Vgl. Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages Band I (Gutachten) Teil A; Band II (Sitzungsberichte) Teil K.
2) Studien S. 171 ff.
3) aaO S. 186.
4) aaO S. 187, 193.
5) aaO S. 185 ff.
6) aaO S. 185, 189.
7) Vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO.
8) aaO S. 185, 190 f.
9) aaO S.188 ff., 194 ff.

Strafverfahren selbst zu belasten oder überhaupt der Gefahr auszusetzen, strafprozessual belangt zu werden" [1]. § 55 StPO wäre dann ersatzlos zu streichen [2].

Ob aber eine derartige Schweigebefugnis das bei den §§ 55, 56 StPO bestehende Unbehagen [3] ausräumen kann, ist fraglich. Daß die Regelung des Auskunftsverweigerungsrechts Unbehagen erweckt, wird deutlich, wenn man sich die Ergebnisse der Arbeit vor Augen führt. Die praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschrift sind nämlich nicht vollständig auszuräumen. Die Entscheidungen über die Berechtigung der Auskunftsverweigerung können vielfach nicht auf feststehenden Tatsachen aufbauen, sondern nur auf Vermutungen. Geerds Vorschlag würde sicherlich manche schwierige und angreifbare Entscheidung des Gerichtes entbehrlich machen. Eine auch nur annähernd wirksame Sicherung vor einem Mißbrauch der Schweigebefugnis - wie Geerds sie vorschlägt - ist meiner Meinung nach aber nicht gegeben. Die Vorschriften des Strafgesetzbuches [4] reichen keineswegs aus, um eine Aussage zu erlangen, bei der nur diejenigen Tatsachen verschwiegen werden, die den Zeugen oder seine Angehörigen im Sinne des geltenden § 55 StPO belasten. Denn wenn der Richter den Zeugen auf ein Schweigerecht hinweisen muß, dann ist es überhaupt nicht kontrollierbar, ob der Zeuge berechtigt oder unberechtigt schweigt.

Die Gleichbehandlung des Zeugen mit dem Angeklagten widerspricht auch dem Gesetz, das die Rech-

---

1) Studien S. 194.
2) Geerds aaO S. 195.
3) So Geerds aaO S. 171, 180.
4) In Betracht kommen hier z.B. §§ 145d, 153 ff., 257 StGB.

te des Angeklagten und seine Stellung im Verfahren anders regelt als beim Zeugen [1]. Der Vorschlag von Geerds würde dazu führen, daß derjenige Zeuge, der sich belasten müßte, wie ein Beschuldigter zu behandeln wäre. Diese Auffassung würde aber - drückt man es einmal überspitzt aus - dem Zeugen eine Befugnis zum Lügen unter Eid geben. Nach wohl richtiger Auffassung [2] hat der Beschuldigte zwar kein "Recht zum Lügen" [3], ihn trifft aber auch keine "Wahrheitspflicht" [4]. Hätte Geerds recht, dann könnte man aber auch keine vollständige der Wahrheit entsprechende Aussage von dem Zeugen, der ja dem Beschuldigten gleichgestellt wäre, verlangen. Der Eid nach § 66c StPO, "nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen zu haben", könnte von vielen Zeugen nicht mehr geleistet werden. Würde er geleistet, so wüßte man aber immer noch nicht, ob die Aussage tatsächlich vollständig war oder nicht.

---

1) Vgl. z.B. §§ 183 ff. StPO (10. Abschnitt: Vernehmung des Beschuldigten) und §§ 48 ff. StPO (6. Abschnitt: Zeugen).
2) Eb. Schmidt, Nachtrag I § 136 Rn. 25; Sarstedt in Löwe-Rosenberg (22. Aufl.) § 136 Anm. 6; so wohl auch Pfenninger, Wahrheitspflicht S. 367 ff., der die Frage, ob der Beschuldigte ein Recht auf Lüge hat, der Frage gleichstellt, ob er ungestraft wissentlich falsche Aussagen machen darf (aaO S. 386) und zu dem von Radbruch, Festschrift S. 121 formulierten Ergebnis kommt; der Beschuldigte "besitzt das ‘Recht, auf die Anklage zu schweigen` und ‘es ist unzulässig, ihn wegen einer Lüge zu bestrafen`". Jetzt wohl auch Henkel § 39 IV 3.
3) Demgegenüber meint aber Pfenninger SchwJZ 1961, 297, daß der Angeklagte stets unbeeidet und ohne Wahrheitspflicht aussage, er also auch schweigen oder sogar lügen dürfe. So wohl auch Liepmann HdR II, 889 (890): "Das Leugnen des Angeklagten ist sein vom Gesetz anerkanntes Recht,..."
4) a.A. Graf zu Dohna S. 106 f.; K. Peters, Lb. § 28 IV 2; vgl. auch Henkel (1. Aufl.) § 50 IV.

Ein allgemeines Recht, sich der Zeugnispflicht unter Hinweis auf Nachteile zu entziehen, besteht nicht [1]. Also entscheidet eine Güterabwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafverfolgung und denjenigen des einzelnen Bürgers auf einen vor dem Staat geschützten Bereich. Eine Erweiterung zu einer Schweigebefugnis würde aber die Strafverfolgungsinteressen zu stark beeinträchtigen [2].
Das gilt auch für die Erweiterung des § 52 StPO um den Fall der Angehörigengefährdung. Denn es ist nicht gerechtfertigt, auf die gesamte Zeugenaussage zu verzichten, obwohl nur ein Teil der Aussage einen Angehörigen belastet.
Ob die Verweigerung berechtigt ist, würde auch bei einer Schweigebefugnis dieselben Probleme aufwerfen, wie sie bei der geltenden Fassung des § 55 StPO bestehen. Von einer Verbesserung des Verfahrensrechts kann daher nicht gesprochen werden.
Die Alternative durch eine ersatzlose Streichung der Vorschrift allen Problemen aus dem Wege zu gehen, kann nicht ernsthaft erörtert werden. Dies wäre ein Rückschritt, der sich mit der Entwicklung des Verfahrensrechtes nicht vereinbaren ließe. Nur die Belehrungspflicht des § 55 Abs. 2 StPO zu streichen, ist ebenfalls nicht vorzuschlagen; dies ginge einseitig zu Lasten des Zeugen, dessen Stellung gerade durch die Einführung des § 55 Abs. 2 StPO verbessert werden sollte.

---

1) Zachariae II S. 195; Mittermaier, Beweis S. 309.
2) Geerds, Studien S. 193 meint, daß "die Schweigebefugnis auch kriminalistisch nicht so störend wirken dürfte, wie mancher befürchten mag". Geerds überschätzt dabei die Möglichkeiten sorgfältiger kriminalistischer Arbeit und die Wirkung von Strafdrohungen (vgl. §§ 145d, 153 ff., 257 StGB). Das fehlende Wissen des Richters, ob der Zeuge etwas verschwiegen hat oder nicht, kann m.E. dadurch nicht ersetzt werden.

Dem Gesetzgeber ist aber zu empfehlen, den Wortlaut des § 55 StPO zu ändern und der Strafprozeßordnung anzupassen sowie den § 55 Abs. 2 StPO als Sollvorschrift neu zu fassen. § 55 StPO könnte dann lauten:

(1) Jeder Zeuge kann die Auskunft über solche Tatsachen und auf solche Fragen verweigern, deren Mitteilung oder Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.

(2) Ist die Gefahr einer Verfolgung im Sinne des Absatz 1 nicht auszuschließen, so soll der Zeuge über sein Recht, die Auskunft zu verweigern, belehrt werden.

Lebenslauf

Am 31. Januar 1943 wurde ich als Sohn des Ägyptologen Dr. Wilhelm Hölscher und seiner Ehefrau Katharina, geb. Mahler in Berlin geboren.

Nach einem vierjährigen Besuch der Grundschule in Heidenheim/Brenz und Berlin und einer neunjährigen Schulzeit auf dem humanistischen Gymnasium zu Berlin-Steglitz legte ich im Frühjahr 1962 die Reifeprüfung ab.
Ich studierte in Lausanne und in Berlin Rechtswissenschaft und bestand am 1. Februar 1967 die erste juristische Staatsprüfung. Nach Beendigung des juristischen Vorbereitungsdienstes in Berlin, Augsburg und London bestand ich am 11. September 1970 in Berlin die zweite juristische Staatsprüfung.

Nach einer einjährigen Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent an der Freien Universität bin ich seit Anfang April 1972 als Attaché im Auswärtigen Amt in Bonn beschäftigt.

B. Ladewig · Dissertationsdruck · 1 Berlin 12 · Pestalozzistraße 106
Tel.: 312 88 85 · 313 81 98